This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

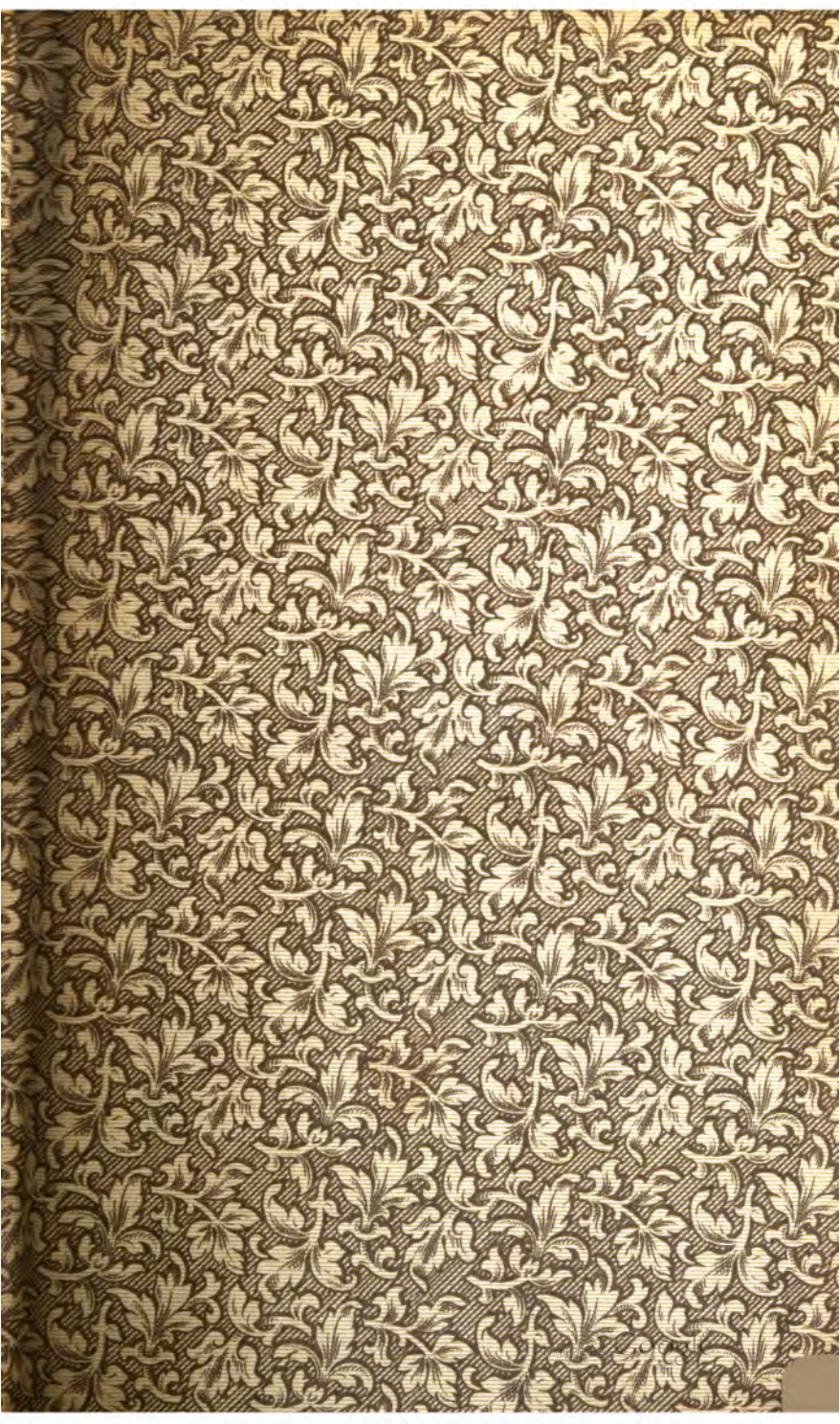
Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 10FP V

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Aug. 15, 1901



Digitized by Google

Neues Magazin
für
hannoversches Recht.

Eine Fortsetzung
des vom Oberappellationsrath von Klencke begründeten
Magazins für hannoversches Recht.

Herausgegeben,
unter Mitwirkung des Herrn Oberappellationsrath von Düring
in Celle bei der Redaction,
vom
Oberappellationsgerichts-Präsidenten von Düring
und
Oberappellationsrathe Dr. Wachsmuth
zu Celle.

Band VII.

Hannover.
Carl Rümpler.
1866.

Digitized by Google

Rec. Aug. 15, 1901

Schrift und Druck von Fr. Culemann in Hannover.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß des siebenten Bandes.

Heft 1.

I. Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen und Präjudicien:

1) Grundzüge des Osnabrück'schen Markenrechts. Vom Herrn O.-G.-R. Lodtmann in Osnabrück. . . . S. 3—34.

II. Rechtliche Natur der Markgemeinde und Verhältniß derselben zur Mark.

§. 12. . . . . S. 3—15.
§. 13. . . . . S. 15—17.
§. 14. Erwerb und Beweis des Genossenrechts. . . . S. 17—18.

III. Marknutzung der Genossen.

§. 15. . . . . S. 18—19.
§. 16. a. Im Allgemeinen. . . . . S. 19.
§. 17. b. Hinsichtlich des Holzes und der Mast. . . . S. 19—21.
§. 18. c. Hinsichtlich der Weide. . . . . S. 21.
§. 19. . . . . S. 21—23.
§. 20. d. Hinsichtlich der Plaggen. . . . . S. 23—24.
§. 21. e. Hinsichtlich des Torfstichs. . . . . S. 24.
§. 22. f. Hinsichtlich des Flachs- und Hanfrötens. . . . S. 25.
§. 23. g. Hinsichtlich der Sand- und Steingruben. . . . S. 25.
§. 24. h. Hinsichtlich der Gewässer und der Fischerei. . S. 25—26.
§. 25. i. Hinsichtlich der Anschüsse. . . . . S. 26—27.

IV. Von den Zuschlägen.

§. 26. . . . . S. 27—30.

V. Nachbarrechte.

§. 27. Pfalbauernrecht. . . . . S. 30—31.
§. 28. Anlieger. . . . . S. 31—32.

VI. Rechte der Ausmärker.

§. 29. . . . . S. 32—33.

VII. Marktheilungen.

§. 30. . . . . S. 33—34.

Digitized by Google

2) Ueber die Natur der bona fides bei der Klagenverjährung. Vom Herrn O.-A.-G.-Präsidenten von Düring. S. 35—44.
3) Sind unter den „verhandelnden Personen“ der Nr. 2 de §. 27 der Notariatsordnung von 1853 auch die Bevollmächtigten der Parteien zu verstehen? Vom Herrn Dr. j. Schnell in Hannover. . . . . S. 44—50.
4) Ueber Beleidigungen der Häupter fremder Staaten. Vom Herrn O.-G.-R. Kerckhoff in Osnabrück. . S. 50—59.
5) Ueber bürgerliche Gerichtsbarkeit in Strafsachen der Militairpersonen. Vom Herrn O.-G.-Assessor Nordmann in Celle. . . . . S. 59—107.
§. 1. Formelle Lage der Gesetzgebung. . . . . S. 59—62.
§. 2. Principien. . . . . S. 62—65.
§. 3. Verbrechen vor Eintritt in den Militairdienst. . . S. 65—68.
§. 4. Die der bürgerlichen Gerichtsbarkeit unterworfenen Beurlaubten. . . . . S. 68—77.
§. 5. Verübung des Verbrechens während des Urlaubs und während des activen Dienstes. . . . . S. 77—82.
§. 6. Der Gegensatz von militairisch. u. gem. Verbrechen. S. 82—92.
§. 7. Der Gegensatz von militairisch. u. gem. Vergehen. S. 93—104.
§. 8. Bestrafung von entlassenen Militairpersonen. . S. 105—107.
6) Bemerkungen zum Forststrafgesetze vom 25. Mai 1847. Vom Hrn. Bergamtsass. Grahn in Clausthal. S. 107—128.
I. Zum allgemeinen Theile des Gesetzes. . . . S. 108—112.
II. Zum besonderen Theil des Gesetzes. . . . S. 112—117.
III. Forstbeschädigungen. . . . . S. 117—122.
IV. Vergehen in Bezug auf Forstberechtigungen. . S. 122—128.
7) Controversen aus dem lüneburgschen Meierrechte. Vom Herrn O.-G.-R. Stromeyer in Celle. . . S. 128—134.
39. Welche Vermögenstheile sind bei der Feststellung von Abfindungen in Anschlag zu bringen? . . . . . S. 128—133.
40. Von der Berücksichtigung des zur Ablösung von Hofes-Lasten verwandten Allodialvermögens bei der Festsetzung von Abfindungen. . . . . S. 133—134.
II. Amtliche Verfügungen. . . . . S. 135—137.
III. Miscellen. . . . . S. 138—156.
IV. Bücherschau. . . . . S. 157—158.

Heft 2.

I. Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen und Präjudicien:
1) Controversen aus dem lüneburgschen Meierrechte. Vom Herrn O.-G.-R. Stromeyer in Celle. . . S. 163—213.
Von Abfindungen.
41. Ist bei der Feststellung der Abfindungen derjenige Bestand des Allodial-Vermögens zu Grunde zu legen, welcher zur Zeit der Hof-Annahme durch den Anerben vorhanden war, oder derjenige, welcher zur Todeszeit des Erblassers vorhanden war? . . . . S. 163—166.

Digitized by Google

42. Feststellung der Abfindungen durch den Vater oder durch Vertrag des Anerben mit seinen Geschwistern, oder durch das Gericht. S. 166—173.
43. Die ältere Vorschrift, daß Ehestiftungen und sonstige Verträge, worin Abfindungen festgestellt sind, bei Strafe der Nichtigkeit bei der Obrigkeit angemeldet, und den Gerichtsbüchern einverleibt werden sollen, ist aufgehoben. . . . . S. 173—174.
44. Ist zur Festsetzung von Abfindungen gutsherrlicher Consens bei Strafe der Nichtigkeit erforderlich? . . . . . S. 174—179.
45. Wann werden Abfindungen fällig? Verzinsung der Abfindungen. S. 179—184.
46. Wenn bei der Feststellung der Abfindung eines Meierkindes vertragsmäßig festgesetzt ist, daß dieselbe erst bei seiner Verheirathung fällig sein solle, so kann die Abfindung von dem Meierkinde vor seiner Verheirathung nicht gefordert werden, selbst wenn es den Hof für immer verlassen hat. . . . . S. 184—186.
47. Müssen Abfindlinge die väterliche Erbschaft antreten, oder gilt auch bei Abfindungen der Rechtssatz „— der Todte erbt den Lebendigen“? S. 186.
48. In wieweit fällt der Anspruch der abzufindenden Kinder an den Nachlaß des Meiers an den Hof zurück, wenn jene das Fälligwerden der Abfindung nicht erlebt haben? . . . . . S. 187—194.
49. Abfindungen sind keine Reallasten, sondern Allodialschulden, die der Hofeswirth nur in seiner etwaigen Eigenschaft als Allodialerbe, und nicht schon als bloßer Besitzer des Hofes abzuführen hat. S. 194—195.
50. Die Abfindungen der Meierkinder sind gleich Erbegeldern jure separationis vor allen Concursgläubigern als Masseschulden zu berichtigen. . . . . S. 194—198.
51. Kinder, welche der Meier noch bekommt, nachdem er den Hof abgetreten hat und Altentheiler geworden ist, haben keinen Anspruch auf eine von dem neuen Hofwirthe zu entrichtende Abfindung. S. 198—199.
52. Vom Asylrechte gebrechlicher Meierkinder. . . . . S. 199—201.
53. Vom Pflichttheile und der actio suppletoria. . . . S. 201—203.
54. Ob der Wittwe eines Meiers ein absolutes (d. h. ein von dem Consense der Vormundschaft für den Anerben unabhängiges) Recht zustehe, einen Interimswirth auf den Hof zu bringen? S. 203—213.

2) Ueber die Vereinigung von Bauerhöfen im Fürstenthume Lüneburg. Vom Herrn Amtsassessor Schulze in Harburg . . . . . S. 214—233.

3) Ueber die rechtliche Natur der Mahljahre, ihre gesetzliche Dauer und die Wirkungen ihres Ablaufs nach heutigem Osnabrückischen Provinzialrecht. Vom Herrn Auditor Kellinghausen in Osnabrück. . . . . S. 234—246.

§. 1. Einleitung. . . . . S. 234—237.
§. 2. Natur der Mahljahre im Allgemeinen. . . . S. 237—241.
§. 3. Gesetzliche Dauer der Mahljahre. . . . . S. 241—243.
§. 4. Von den Wirkungen des Ablaufs der Mahljahre. S. 243—246.

4) Ueber das beneficium novorum in der Berufungs-Instanz. Vom Herrn O.-G.-D. Reinecke in Hameln. S. 246—267.

5) Ueber die Abstimmung der Richter und die Stimmenzählung in Strafsachen, unter Berücksichtigung des Inhalts der Schrift des General-Staatsanwalt Dr. Schwarze in Dresden: „Das deutsche Schwurgericht und dessen Reform.“ Vom Herrn O.-G.-R. Grisebach in Hameln. S. 267—285.

6) Verzicht der Ehefrauen auf die ihnen in Folge des neuen Hypothekengesetzes wegen ihres Brautschatzes am Vermögen ihres Mannes erwachsenen Hypothekenrechte. Vom Herrn A.-R. Meyer in Hildesheim. . . . . S. 286—293.

7) Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag. Vom Herrn Professor Unger. . . . . S. 293—310.

Digitized by Google

II. Amtliche Erlasse. . . . . S. 311—316.
III. Miscellen. . . . . S. 317.
IV. Bücherschau. . . . . S. 318—320.

Heft 3.

I. Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen und Präjudicien:

1) Controversen aus dem lüneburgschen Meierrechte. Vom Herrn O.-G.-R. Stromeyer in Celle. . . S. 323—355.

55. Haben die Kinder des Interimswirths gesetzlich ein Recht auf eine Abfindung aus dem Hofe oder dem Allodialnachlasse des verstorbenen Meiers? . . . . . S. 323—324.
56. Darf ein Leibzüchter die Nutzung der Leibzuchtswohnung oder eines Theils derselben ohne Zustimmung des Hofwirths einem Dritten überlassen? . . . . . S. 325—329.
57. Darf ein verwittweter Leibzüchter, welcher sich wieder verheirathet, seine zweite Ehefrau ohne Einwilligung des Hofwirths in seine Leibzuchtswohnung aufnehmen? . . . . . S. 329—330.
58. Darf der Leibzüchter andere Personen in seine Leibzuchtswohnung aufnehmen? . . . . . S. 331.
59. Der abtretende Colon kann mit dem Successor in den Hof auf diesen bindende Weise den Altentheil für seine Ehefrau, ohne Zuziehung der letzteren vereinbaren. . . . . S. 331—332.
60. Von Succession in freie Bauerhöfe, und zwar solche, welche niemals in gutsherrlichem Verbande gestanden haben oder vor der Emanirung der Ablösungsgesetze davon befreiet worden sind. . . S. 332—345.
61. Bei der Succession in gutsherrnfreie Bauerhöfe im s. g. großen Freien ist nicht das römische Intestaterbrecht maßgebend, vielmehr kommen dabei gewohnheitsrechtlich eigenthümliche Grundsätze zur Anwendung, welche denen des lüneburg'schen Meierrechts sehr nahe kommen. . . . . S. 345—355.

2) Zum Bentheimischen Particularrechte. Vom Herrn Advocat Kirchhoff in Celle, (früher Auditor in Neuenhaus).

A. Einleitende Bemerkungen. . . . . S. 355—359.
B. Das hofhörige Recht in der Twente. . . . . S. 359—372.

3) Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag. Vom Prof. Unger. S. 372—390.

4) Zur Lehre von der rei vindicatio und publiciana in rem actio. Vom O.-A.-G.-Präs. von Düring. S. 390—403.

5) Ist durch das heimliche Verlassen eines Wirthshauses ohne die daselbst contrahirte Verbindlichkeit erfüllt zu haben das Verbrechen des Betruges indicirt? Vom Herrn Auditor Wedemeyer in Hameln. . . . . S. 403—411.

6) Beiträge zur Lehre von der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen eines Schuldners, dem Vertheilungsverfahren ohne Concurs und dem Concursverfahren. Vom Herrn Amtsrichter König in Hannover. . S. 411—437.

I. Zum §. 599 der b. P.-O. Kosten des Zwangsvollstreckungs- und Vertheilungsverfahren, die bei der Vertheilung vorabzunehmen sind. . . . . S. 411—418.

Digitized by Google

II. Das Recht der Zuschlagsertheilung bei nothwendigen Subhastationen im Zwangsvollstreckungs- und Concursverfahren.
A. im Zwangsvollstreckungsverfahren. . . . S. 418—421.
B. im Concursverfahren. . . . . S. 421—423.
C. Resultate. . . . . S. 423—424.

III. Die Unzulässigkeit des dritten Subhastationstermins im Concursverfahren. . . . . S. 424—430.

IV. Adjudication der Immobilien im Zwangsvollstreckungsverfahren; Einfluß der Insolvenzerklärung des Schuldners auf dieselbe, §§. 564 u. 610 der b. P.-O. . . . . S. 431—437.

II. Entscheidungen des Straf- bezw. Cassations-Senates des Königlichen Oberappellationsgerichts. Mitgetheilt vom O.-A.-R. von Düring.

1) Zum §. 141 Abs. 1 der rev. Strafproceßordnung, wonach das Verfahren vor den erkennenden Gerichten in fortwährender Gegenwart aller zur Entscheidung berufenen Personen u. s. w. stattfinden soll. . . . . S. 438—440.

2) Entscheidung des Straffenats, veranlaßt durch eine den Zustand der Nothwehr betreffende schwurgerichtliche Fragestellung. . . . . S. 440—445.

3) Finden die Vorschriften des Art. 143 des Criminalgesetzbuches auch auf Beleidigungen Anwendung, welche Geistlichen während der Ausübung ihres Amtes oder in Beziehung auf dasselbe widerfahren? . . . . . S. 446—457.

4) Enthält die Verurtheilung wegen leichtsinnigen Bankerottes (Art. 223 des Cr.-G.-B.) eine unzulässige Abweichung von der auf das Verbrechen des betrüglichen Bankerottes (Art. 221) gerichteten öffentlichen Klage? . S. 457—462.

5) Die Vorschrift des §. 373 der b. P.-O., daß Ungehorsams-Urtheile dem Einspruche unterliegen sollen, ist auch auf die im Executionsverfahren vorkommenden Ungehorsams-Urtheile anwendbar. (Mitgetheilt vom O.-A.-G.-Präs. v. Düring). S. 463—466.

III. Amtliche Nachrichten. . . . . S. 467—470.

IV. Bücherschau. . . . . S. 471—479.

Digitized by Google

Digitized by Google

Neues Magazin

für

hannoverſches Recht.

Siebenten Bandes Erſtes Heft.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen und Präjudizien.

1. Grundzüge des Osnabrück'schen Markenrechts.

Vom

Herrn O.-G.-R. Lodtmann in Osnabrück.

(Fortsetzung des Aufsatzes im Heft 3 Band VI. S. 364—381.)

II. Rechtliche Natur der Markgemeinde und Verhältniß derselben zur Mark.

§. 12.

Der Markverband bildet eine mit juristischer Persönlichkeit versehene Gemeinde und die Mark steht im Eigenthum der Markgemeinde, nicht der Genossen.

Die Eigenschaft des Markverbandes als Gemeinde beruht auf der uralten Gemeinde- und Gerichtsverfassung der Marken (Waldgemeinde, Waldemene)[1]) und auf dessen öffentlich rechtlichen Charakter, welcher sich insbesondere durch die Berücksichtigung der Markenrechte in den Capitulationen der Bischöfe, durch die frühere Markengerichtsbarkeit und durch die Verpflichtung der Marken zur Förderung gemeinnütziger Zwecke,

[1]) s. C. Stüve, Geschichte des Hochstifts Osnabrück (1853) S. 55—77, auch die daselbst citirte, in den Mittheilungen des historischen Vereins zu Osnabrück, Bd. 1, S. 71 (1848) abgedruckte Urkunde über die vor dem Erbholzgrafen zu Engter erfolgte Verleihung einer Ware durch die Genossen (cives) zu Engter von 1282.

Digitized by Google

z. B. zur Unterhaltung von Wegen und Brücken, zur Verbesserung von Vogteistellen [2]), Pfarren und Schulen (§. 4) kund giebt. Auch erkennen die Gerichte die Markgemeinden als Gemeinden an und verlangen deren Vertretung in Rechtsstreitigkeiten durch Syndiken (§. 11).

Eine juristische Persönlichkeit, welche den politischen Landgemeinden in den neuen Landgemeinde-Ordnungen [3]) ausdrücklich beigelegt ist, wird man den Markgemeinden ebenfalls zuerkennen müssen, weil dieselben von Alters her unzweifelhaft befähigt gewesen sind, in ihrer Eigenschaft als Gemeinden Rechtsgeschäfte abzuschließen, Rechte durch Verträge unter Lebendigen zu erwerben, Delicte zu verfolgen, vor Gericht zu handeln. Einer besonderen Verleihung einer juristischen Persönlichkeit Seitens der Landesregierung bedurfte es für die Markgemeinden

---

[2]) Bischof's Bernhard Concept der Canzlei-Ordnung von 1588, Art. 9 im C. C. I, S. 19. — Canzlei-Ordnung von Bischof Philipp Sigismund von 1592 Art. 9 im C. C. I, S. 35 und von 1610 Art. 12 im C. C. I, S. 46. — Ständische Schlüsse vom 8. April 1579, 28. Nov. 1580 und 31. August 1609 in tr. de jure holzgraviali app. S. 127—132. — Ausschreiben vom 1. Nov. 1798 im C. C. II, S. 732. — Marktheilungs-Ordnung vom 17. Febr. 1806, §. 5 Nr. 3 im C. C. II, S. 842 und vom 25. Juni 1822, §. 34. — In den nach 1852 vorgekommenen und zum Theil noch anhängigen Processen über die den vormaligen, später aufgehobenen Vogteistellen aus der Mark zugelegten Grundstücke ist vom Königl. Finanz-Ministerium, welches die Grundstücke für den Fiskus den einzelnen Gemeinden gegenüber in Anspruch nimmt, ein gesetzliches Recht der Vogteien auf Ausweisung von Markengründen bei Theilungen und die Stellung der Vögte als landesherrlicher Diener geltend gemacht, von den Gemeinden aber einestheils das Eigenthum der Vogteistellen an den Grundstücken bestritten, anderentheils behauptet, daß die Vögte, abgesehen von ihrer Eigenschaft als landesherrlicher Diener, früher auch die Stelle eines Gemeindebeamten bekleidet haben, und daß die Ausweisung der Grundstücke aus der Mark für die dem Vogte, als früherem Gemeindebeamten, obliegenden Dienstleistungen erfolgt sei. — Vgl. Entscheidungen des Tribunals, 6. Jahrgang, Nr. 125, S. 236.

[3]) Ausschreiben des Minist. des Innern vom 4. Mai 1852, die Regelung der Verhältnisse der Landgemeinden betr. §. 10. — Bekanntm. des Minist. des Innern v. 28. April 1859, die Regelung der Verhältnisse der Landgemeinden betr. §. 10.

Digitized by Google

nicht, weil dieselben bereits vor Ausbildung der Landeshoheit als Rechtssubjecte bestanden.

Die dem ursprünglichen Wesen der Osnabrück'schen Marken entsprechende Gemeindeeigenschaft des Markverbandes hat zwar durch eine unrichtige, im vorigen Jahrhunderte aufgekommene Anwendung römisch-rechtlicher Grundsätze über Societät und Communion und durch den Einfluß des römischen Rechts auf die Gesetzgebung eine Aenderung dahin erlitten, daß der Satz des gemeinen Rechts, wonach ein Mitglied einer Gemeinschaft aus derselben einseitig ausscheiden und seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Vermögen fordern kann, nach näherer Bestimmung des Gesetzes[4]) auch auf die Marken anwendbar geworden ist. Im Uebrigen aber ist durch die Aufnahme dieses einzelnen Satzes in die Markverfassung die Markgemeinde nicht eine Societät von Genossen geworden. Auch die im Jahre 1850 erfolgte, gesetzliche Aufhebung der Gerichtsbarkeit des Holzgrafen ändert ebenfalls im Uebrigen das Wesen einer Mark und einer Markgemeinde nicht.

Der Markverband, dessen Bezeichnung als Markgenossenschaft erst in neuerer Zeit üblich geworden ist, ist vielmehr auch zur Zeit noch als eine Gemeinde und die Markgemeinde, welche man in neuester Zeit als eine Real-Gemeinde bezeichnet hat, als Eigenthümerin der Mark anzusehen.

Darüber, daß die Mark nicht Eigenthum der Genossen im gewöhnlichen Sinne, Miteigenthum zu ideellen Theilen, sei, herrscht überhaupt gegenwärtig kein Zweifel. Es kann nur in Frage kommen, ob den Genossen das s. g. Gesammteigenthum (condominium plurium in solidum, pro indiviso) an der Mark zustehe, oder ob der Markgemeinde das Eigenthum an der Mark, den Genossen dagegen nur Nutzungsrechte an dem Eigenthume der Mark zuzusprechen seien[5]).

---

[4]) Markth.-Ord. v. 4. Juni 1785 im Eingange, C. C. II, S. 598. — Markth.-Ord. v. 1822, §. 15. — Ausschreiben des Minist. des Innern vom 2. März 1863, betr. das Gesetz vom 28. Decbr. 1862 über das Verfahren bei Gemeinheitstheilungen u. s. w. im Landdrosteibezirke Osnabrück, Gesetzsamml. II, S. 16.

[5]) Klöntrup legt in seinem Handbuche (unter „Mark" Nr. 1, unter „Markgenossen" Nr. 2) das Eigenthum an der Mark der Gemeinheit,

Digitized by Google

Die Lehre, daß die Mark Gesammteigenthum der Genossen sei, ist zwar lange Zeit die herrschende gewesen und vielfach in der Praxis zur Anwendung gekommen. Will man aber neben dem Eigenthume rechtsfähiger juristischer oder physischer Personen eine solche besondere Art von Eigenthum annehmen und nicht dasselbe, wie solches von neueren Germanisten geschieht[6]), aus dem Rechtssysteme entfernen, so wird es für die Marken im Fürstenthume Osnabrück weder nach der Natur der Marken, noch auf Grund gesetzlicher Bestimmungen nothwendig sein, ein vom gewöhnlichen Eigenthume verschiedenes s. g. Gesammteigenthum anzunehmen, vielmehr wird der Satz festzuhalten sein, daß die Markgemeinde Eigenthümerin der Mark sei, und daß den Genossen nur Nutzungsrechte an der Mark zustehen.

Zunächst wird den Markgenossen im Allgemeinen schwerlich jemals die Absicht beigewohnt haben, daß sie Gesammteigenthümer der Mark sein wollen. In den meisten Fällen würde voraussichtlich auf die an einen Markgenossen gerichtete Frage, welche Rechte er an der Mark habe? — die Antwort erfolgen: er sei Markinteressent und habe die Gerechtigkeit, die Mark als Vollerbe, Halberbe u. s. w. zu nutzen, was unter ähnlichen Verhältnissen etwa so viel sagen würde, als ich bin Bürger einer Stadt und darf als solcher mein Vieh auf die Stadtweide

---

als einer moralischen Person, bei, die Nutzung aber den Gliedern der Gemeinheit. Im tr. de jure holzgr. th. 6. wird gleicher Weise der Satz aufgestellt; „Marca est res universitatis, cujus dominium ad universitatem, usus ad singulos marcales spectat," welcher Satz jedoch nicht consequent festgehalten wird, indem th. 30 dahin lautet: „Marcalis est marcae condominus, derivandae ideo sunt ejus actiones ex jure communionis realis." — Struckmann (s. Schlüter's Beiträge für das Hann. L.-R., Bd. 1, S. 16) spricht den Markgenossen das Gesammteigenthum zu.

[6]) Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 155. — Gerber, deutsches Privatrecht §. 77. Nach dem letzteren ist das Eigenthum an den Marken entweder ein Eigenthum einer juristischen Person mit eigenthümlichen Berechtigungen der Einzelnen, oder ein eigenthümlich organisirtes Miteigenthum zu ideellen Theilen, und hängt es (§. 51) von lokalen Umständen ab, ob die Markgemeinde als eine selbstständige Corporation oder als eine eigenthümlich organisirte Genossenschaft von Miteigenthümern zu ideellen Theilen aufzufassen ist.

Digitized by Google

treiben und die Jagd auf den städtischen Gründen ausüben. Auch spricht die übliche Bezeichnung der Markgenossen, als: „Interessenten der Mark" mehr für ein Nutzungsrecht, als für ein Eigenthumsrecht der Genossen.

Sodann deuten auch die ältern Urkunden und Gesetze, welche aus einer mit der Lehre vom Gesammteigenthume noch unbekannten Zeit datiren, darauf hin, daß die Rechte der Genossen nicht als Eigenthumsrechte an der Mark, sondern als Realrechte an derselben betrachtet sind. Die am Ende des 16. Jahrhunderts verfaßte gemeine Proceß-Ordnung des Bischofs Philipp Sigismund (Tit. 10, §. 5 im C. C. I, S. 65) redet von Streitigkeiten solcher, welche „in dieselbe gemeine Mark gehören und darzu berechtigt sein." In dem Entwurfe der Holzgerichtsordnung von 1671, Art 3, werden ferner bei Aufzählung der Personen, so zum Holzgerichte eigentlich gehören, nach dem Holzgrafen die Erbexen und sämmtliche Markgenossen als solche aufgeführt, welche, „nachdem ein jeder von Alters her berechtigt, die Marken auch zu genießen haben." In einem Höltings-Protokolle der Nüvener Mark von 1585, im Auszuge abgedruckt in Klöntrup's Werke „von den Erbexen" S. 105 wird für den neuen Colonen auf einem lange Zeit unbesetzt gewesenen Erbe erbeten, „daß dem jetz Besitzer, die Nützung der Markede zu gebrauchen, möchte erstattet werden, dagegen er auch thuen und leisten solle, wie andere dergleichen Markgenaten."

Will man aber auch auf solche einzelne und beiläufige Bezeichnungen in Urkunden oder Gesetzen weniger Gewicht legen, so ist doch ferner zu berücksichtigen, daß die Genossenschaft oder, wie man zur Vermeidung eines mehrdeutigen Worts besser sagt, die Markgemeinde unzweifelhaft und, wie selbst die Vertheidiger des Gesammteigenthums annehmen [7]), eine juristische Persönlichkeit hat. Existirt aber eine solche juristische Person, so wird man derselben ein Vermögen oder die Fähigkeit, ein Vermögen zu erwerben, beilegen müssen, mithin da, wo das Vorhandensein eben einer Mark die Existenz der juristischen Person bedingt, ein an-

[7]) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 168. — Struckmann in Schlüter's Beiträgen für hannov. L.-R. (1834) Bd. 1, S. 18 und in Juriſt. Zeit. 1849, Heft 2, S. 103.

Digitized by Google

deres Vermögen außer der Mark aber nicht vorhanden ist, eben die Mark zum Vermögen der juristischen Person rechnen müssen. Man hat zwar versucht, die Markgemeinde, oder, wie man sie später genannt hat, die Markgenossenschaft, als ein von einer juristischen Person verschiedenes Rechtssubject zu bezeichnen, weil eine juristische Person ihre Glieder absorbire, die Mitglieder einer Genossenschaft aber als Genossen fortleben und namentlich in unmittelbarer Beziehung zum gemeinschaftlichen Eigenthum bleiben[8]). Allein dieser Grund ist nicht ausreichend; denn dasselbe ist der Fall bei vielen mit juristischer Persönlichkeit bekleideten politischen Gemeinden, insbesondere bei einfach organisirten Landgemeinden, in welcher jedes Mitglied unmittelbar in Gemeindeversammlungen stimmen und seinen Einfluß üben kann und unmittelbar am Gemeindevermögen theilnimmt.

Zur Unterstützung des Satzes, daß die Markgemeinde Eigenthümerin der Mark sei, mag auch noch angeführt werden, daß nicht bloß der einzelne Genosse, dessen Genossenrecht von dritten Personen gekränkt worden, befugt ist, selbstständig für sich wegen der Eingriffe in sein Recht bei Gericht klagbar zu werden, sondern daß auch die Markgemeinde die Verletzung der Rechte des einzelnen Genossen, als Verletzung ihres eigenen Rechts mittelst Klage verfolgen kann[9]). Es erklärt sich dieses am Einfachsten daraus, daß das Recht des Einzelnen nur als ein Ausfluß des Rechts der Gemeinde denkbar ist, während es unmotivirt sein würde, der Gesammtheit ein selbstständiges Klagrecht zu geben wegen Verletzung eines Rechts, welches nicht ihr, sondern nur den einzelnen Genossen zusteht. Der Umstand dagegen, daß auch der einzelne Genosse allein und ohne Zuthun der Gemeinde sein Genossenrecht Dritten gegenüber geltend machen kann, findet in den Nutzungsrechten des Einzelnen auch ohne Annahme eines Gesammteigenthums seine genügende Erklärung.

Auch die Verhältnisse, welche bei Aufnahme neuer Mitglieder

---

[8]) Renaud: Die Gemeindenutzungen, in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 9, S. 80 (1855).

[9]) s. Note 1 zu §. 28 unten. — Vgl. Entscheidungen des Tribunals, 5. Jahrgang, Nr. 103, S. 145.

Digitized by Google

unter die Zahl der Genossen eintreten, zeugen gegen ein Gesammteigenthum. Die in diesem Falle von dem Eintretenden zu zahlenden Gelder kommen nicht den einzelnen Genossen, sondern der Kasse der Markgemeinde zu Gute; Pfandgläubigern eines Genossen steht gegen die Vermehrung der Gemeindemitglieder, in welcher bei Annahme eines Gesammteigenthums doch eine theilweise Veräußerung des Vermögens des alten Genossen liegen würde, ein Widerspruchsrecht nicht zu; es erfolgt ferner die Verleihung des Genossenrechts nicht in Form einer Eigenthumsübertragung, sondern in Form von Verleihung eines Bürgerrechts, dem neu aufgenommenen Genossen wird kein Eigenthum oder Eigenthumsantheil übertragen, sondern er wird entweder irgend einer Klasse von Genossen zugesellt, oder es werden seine Nutzungsrechte auf ein bestimmtes Maß festgestellt.

Die Rechte der Genossen an der Mark stellen sich ferner nicht als Eigenthums-, sondern als solche Nutzungsrechte äußerlich dar, als deren Quelle nicht mit Nothwendigkeit ein Eigenthum anzunehmen ist. Weiderechte stehen, gleich einem Markgenossen, oft Ausmärkern zu, desgleichen Holzungsrechte, Rechte auf Plaggengewinn, auf Sand- und andere Gruben, auf Anschüsse und ähnliche Markenrechte, und der Umstand, daß ein Ausmärker den Erwerb seines Rechts zu einer einzelnen Marknutzung beweisen muß, daß aber ein Markgenosse die rechtliche Vermuthung eines nur durch die Natur der Sache oder durch Markregeln oder durch Verbot des Holzgrafen oder durch bestimmte entgegenstehende Rechte dritter Personen — seien dieselben Markgenossen, oder Holzgrafen, oder Erbexen, oder Ausmärker — beschränkten Nutzungsrechts für sich hat, kann nicht berechtigen, ein Gesammteigenthum anzunehmen.

Endlich sind es, was vor Allem gegen ein Gesammteigenthum der Markgenossen spricht, nicht die Markgenossen, welche über das Vermögen der Mark verfügen, sondern die Markgemeinde, theils durch ihren Vorstand, früher den Holzgrafen, allein, theils durch die in den Höltingen erschienenen Genossen und Erbexen unter Zustimmung des Holzgrafen, wovon nur bei Aufnahme von Syndikaten in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen eine Ausnahme eintritt, indem bei der Be-

Digitized by Google

stellung der Syndiken der Holzgraf und die Erbexen als solche nicht concurriren. Dazu kommt, daß bei Verkäufen von Markengründen die Markgenossen nicht über den ganzen Kaufpreis zu verfügen haben, daß vielmehr die Tertia dem Holzgrafen gebührt, und daß General-Ausweisungen nach Erbesgerechtigkeit und Theilungen der Zustimmung des Holzgrafen und der Erbexen bedürfen.

Gegen ein Gesammteigenthum, nach welchem jedem Theilnehmer desselben gleiche Eigenthumsrechte an der Sache zustehen sollen, spricht endlich die ungleichartige Berechtigung der verschiedenen Theilhaber an der Mark. Wenn dem einen vor dem anderen das Holzungsrecht, der freie Hieb, das Recht der Schafhude, der Mast, wenn den verschiedenen Klassen der Genossen verschieden abgestufte Rechte hinsichtlich der Marknutzung zustehen, wenn eben wegen dieser verschiedenartigen Rechte bei den früher üblichen s. g. General-Ausweisungen, sowie bei den späteren vollständigen Special-Theilungen die Theile der einzelnen nicht gleichmäßig, sondern nach Maßgabe der Erbesgerechtigkeit bemessen sind: so würde man zwar diese Abstufungen des Genossenrechts für ein — im Uebrigen jedoch nicht begründetes — Eigenthum der Genossen zu ideellen Theilen anführen können, ein Gesammteigenthum gleichberechtigter Genossen wird man aber bei den gedachten, gegen eine gleichartige Berechtigung der Genossen zeugenden Verhältnissen nicht annehmen können.

Für ein Eigenthumsrecht der Genossen könnte man dagegen das Widerspruchsrecht jedes einzelnen Genossen gegen die Errichtung neuer Zuschläge aufführen. Allein wenn man auch ein solches Widerspruchsrecht eines einzelnen Genossen selbst ohne den Nachweis eines besonderen Interesses des Widersprechenden annehmen kann (vgl. §. 26 unten) und nicht lediglich als ein Erzeugniß der Lehre vom Gesammteigenthum ansehen muß, so findet dieses Recht ebensowohl in einem besonderen Gesetze[10]) oder in einer besonderen Gewohnheit, als in einem Miteigenthumsrechte an der Mark seine Erklärung. Doch wird es zur Begründung des gedachten Widerspruchsrechts kaum des in

[10]) Immerwährende Capitulation, Art. 46.

Digitized by Google

vielen gerichtlichen Urtheilen angeführten besonderen Gewohnheitsrecht bedürfen, wenn man berücksichtigt, daß durch die Errichtung eines neuen Zuschlags im einzelnen Falle zwar nicht nothwendig das Recht des widersprechenden Genossen auf Nutzung der Mark, wohl aber jedenfalls das Recht desselben auf Grundabfindung bei künftiger Theilung der Mark geschmälert wird, daß daher der Nachweis eines besonderen Interesses bei dieser offenbaren Schmälerung des Rechts der Einzelnen nicht mehr erforderlich, vielmehr schon durch das Vorhandensein des Genossenrechts vollständig erbracht ist.

Größere Bedenken gegen die Verwerfung eines Gesammteigenthums der Genossen an der Mark kann allerdings der §. 3 der Markentheilungs-Ordnung von 1822 erregen, welcher von einem gemeinschaftlichen oder gesellschaftlichen Eigenthum spricht, wenn man erwägt, daß zur Zeit des Erlasses jenes Gesetzes die Lehre vom Gesammteigenthum die herrschende gewesen ist. Allein die Stellung der betreffenden Bestimmung im Gesetze, der Zweck und die Absicht des Gesetzes und der zur Zeit der Abfassung des Gesetzes herrschende, aus dem Gesetze selbst theilweise hervortretende Sprachgebrauch läßt annehmen, daß eine Aenderung des Eigenthumsverhältnisses an der Mark durch das Gesetz nicht eingetreten, daß vielmehr die Markgemeinde nach wie vor als Eigenthümerin der Mark zu betrachten sei.

Wenn nämlich der §. 3 des Marktheilungsgesetzes bei Aufzählung und Bestätigung der herkömmlichen Markenverhältnisse und bei Gegenüberstellung der Rechte der Genossen und des Holzgrafen ausspricht, daß „die Marken als das gemeinschaftliche oder gesellschaftliche Grundeigenthum der als Genossen darin berechtigten Bewohner angesehen werden“: so hat das Gesetz nur den hier und da geltenden, im Fürstenthum Osnabrück aber nie zur Geltung gekommenen Satz, der Holzgraf sei Eigenthümer der Mark, als den im Fürstenthume herkömmlichen Markenverhältnissen zuwider laufend bezeichnen, nicht aber das ursprünglich der Markgemeinde zustehende Eigenthum auf die die Mark bewohnenden Genossen übertragen wollen. Daß der Zweck der angeführten Gesetzesstelle vornehmlich darauf gerichtet gewesen, die Rechte des Holzgrafen den Rechten der Genossen gegenüber

Digitized by Google

abzugrenzen, erhellt auch aus der Verordnung vom 27. Octbr. 1838, die Erstreckung der Osnabrück'schen Theilungs-Ordnung auf die Niedergrafschaft Lingen betreffend, woselbst Art. 5 bestimmt ist:

„Die Bestimmungen der §§. 3 und 29 der Osnabrücker Theilungs-Ordnung über das Eigenthumsrecht der Markgenossen an der Mark und über das Rechtsverhältniß des Holzgrafen finden keine Anwendung. Es bleibt vielmehr rücksichtlich der Befugnisse des Markenherrn und der Markgenossen in den ungetheilten Marken bei dem in der Niedergrafschaft Lingen bestehenden Rechte, nach welchem dem Markenherrn im Verhältnisse zu den Markgenossen umfassendere Rechte, als dem Holzgrafen, gebühren."

In diesem, nicht für das Fürstenthum Osnabrück, sondern für die Niedergrafschaft Lingen erlassenen Gesetze ist bei der Gegenüberstellung der Rechte des Holzgrafen und der Markgenossen allerdings wörtlich ausgesprochen, daß nach der betreffenden Bestimmung der Osnabrück'schen Theilungs-Ordnung den Markgenossen das Eigenthumsrecht an der Mark zustehe. Weil jedoch das Gesetz von 1838 nicht für das Fürstenthum erlassen ist, so leidet dasselbe einestheils auf die Marken in diesem Landestheile keine directe Anwendung, anderentheils kann ebensowenig wie bei dem Gesetze von 1822 angenommen werden, daß das Gesetz das bestehende Eigenthumsverhältniß habe ändern oder eine streitige Frage durch authentische Declaration habe feststellen wollen. Letzteres ist hinsichtlich des Gesetzes von 1822 um so weniger vorauszusetzen, weil die Absicht, eine streitige Frage zu entscheiden, überhaupt nicht im Gesetze ausgedrückt ist, während, nach Art der früher üblichen Fassung von Gesetzen, im Eingange des gedachten Gesetzes sowohl, als auch bei vielen Einzelbestimmungen desselben der legislatorische Zweck und Beweggrund ausdrücklich angegeben ist.

Ueberdieß charakterisirt das Gesetz von 1822 das „gemeinschaftliche oder genossenschaftliche Eigenthum" der die Mark bewohnenden, berechtigten Genossen nicht näher, so daß dem Gesetze keineswegs mit Bestimmtheit zu entnehmen ist, ob der Gesetzgeber von der Ansicht ausgegangen ist, die Mark sei Eigen-

Digitized by Google

thum der Genossen zu ideellen Theilen oder Eigenthum derselben pro indiviso oder Eigenthum der Genossenschaft, als Gemeinde. Der §. 15 des Gesetzes sagt zwar im Eingange, daß, „wie kein Mitglied einer Gesellschaft" in fortdauernder Gemeinschaft zu bleiben angehalten werden könne, so stehe es auch einem jeden Mitgliede einer „Markgenossenschaft" frei, die Ausmittelung seines Antheils zu verlangen; am Schlusse desselben §. ist ferner Rede von servitutischen Berechtigungen von Corporationen oder Einzelnen auf Markengründen, von denen das dominium fundi anderen Markgenossen gehört. Dagegen spricht der §. 3 Nr. 3 von dem Erbesverhältnisse, welches von der „Markgemeinde" anerkannt sei, und bezeichnet in dem „zur Beseitigung von Zweifeln" verordneten 13. Abschnitte unter Nr. 1 die „Markgemeinde" als diejenige, welcher für die Aufhebung der gemeinen Weide in den privativen, aber offenen Holztheilen der Mark von den Besitzern der Holzungen entschädigt werden müsse. Bei dieser unbestimmten Bedeutung des Worts „Genossen" und „Gemeinde" wird man nach der Absicht des Gesetzes, welches die eigenthümlichen und hergebrachten Rechtsverhältnisse nicht ändern, sondern bestätigen will, an diejenigen Eigenthumsverhältnisse an der Mark sich halten müssen, welche dem Wesen der Mark und den hergebrachten Verhältnissen zu entnehmen sind.

Aeußerungen ferner, wie sie bei bewährten älteren Schriftstellern, z. B. bei Möser[11]) dahin vorkommen, daß die Vermuthung nicht für das Eigenthum des Holzgrafen, sondern für das Eigenthum der Genossen sei, enthalten ebensowenig wie die obigen Gesetze einen Ausspruch darüber, ob den einzelnen Genossen oder der Markgemeinde das Eigenthum zustehe, bestätigen vielmehr nur den heute noch gängigen Sprachgebrauch, nach welchem die Gemeinde auch mit dem Ausdrucke Genossen bezeichnet wird. Selbst in neueren Proceßacten über Markenverhältnisse findet man häufig ein und dasselbe Recht bald als Recht der Markengenossen, bald als das der Gemeinde, bald als das der Markgenossenschaft aufgeführt, und das Rubrum der Acten

---

[11]) Dessen Einleitung in die Osnabr. Gesch. Abschn. I, §. 15 Note a. Osnabr. Gesch. Abschn. I, §. 10 Note a.

Digitized by Google

bezeichnet eine ſtreitende Partei als
ſchaft, Markgemeinde, Mark. In
mann [12]), welcher im Uebrigen die
Geſammteigenthums ſtellt, die A
welche den Markgenoſſen, d
tellectuelle Theile der Einzelnen a
thümlich zuſtehen und von denſ
Natur der Sache und Gewohnhe
Vereinbarungen feſtgeſtellten Rege
lich unter der Oberaufſicht eines
Herr, ſondern Richter der Mark

Endlich kann es keinen Zwe
Markentheilungsgeſetze von 1822
ſei „Eigenthum der als Genoſſen
ner," — wodurch vermuthlich e
rechtigten Ausmärker als Nichtm
haben bezeichnet werden ſollen,
drückt werden ſollen, daß nicht ſä
glieder der politiſchen Landgem
ſeien, — nicht auf die zeitigen B
legenen, mit Waren verſehenen
den können. Es beweiſt aber
Ausdruck, daß das im Geſetze a
ganz genauer Wortfaſſung wieder
Eigenthumsrecht der Genoſſen
gegen durch das Geſetz nicht neu

Sorgfältiger iſt der Ausdruck
1850 gewählt, nach welchem die
der Gerichtsbarkeit des Holzgrafe
ordnungen über die Verwaltungsg
können. Denn unter Theilnehme

---

[12]) In Schlüters Beiträgen für d
wieder abgedruckt in Juriſt. Zeit. 184

[13]) Nach Klöntrup: Handbuch u
genoſſen" Nr. 5, giebt es jedoch auch
dern außer den Grenzen einer Mark
in mehr als einer Mark gewart ſind
und Verfaſſung der Landgem

Digitized by Google

allein Miteigenthümer zu verstehen, sondern auch Mitglieder der Gemeinde, welche als solche am Eigenthume der Gemeinde theilnehmen, ja in den im Gesetze mitberücksichtigten Landestheilen, in welchen der Markenherr der Grundeigenthümer der Mark ist, selbst die Genossen, welche nur Nutzungsberechtigte sind.

§. 13.

Will man jedoch die Marken im Fürstenthume Osnabrück als gemeinschaftliches Eigenthum der Markgenossen und nicht als Eigenthum der Markgemeinde betrachten, so wird diese Anschauung bei der practischen Anwendung des Markenrechts im Allgemeinen gleichgültig sein. Denn das Eigenthum der Genossen ist durch die Rechte des Holzgrafen oder des an dessen Stelle getretenen Vorstandes und durch die Einschränkung des Eigenthums in Folge der feststehenden oder durch Beschlüsse der Markversammlung festzustellenden Regeln hinsichtlich der Nutzung des Eigenthums so eingeengt, daß es von großer Erheblichkeit nicht ist, ob man einem einzelnen Markgenossen das durch die Rechte der übrigen Genossen beschränkte Miteigenthum an der Mark zuschreiben, oder ob man der Markgemeinde das durch die Nutzungsrechte der einzelnen Genossen beschränkte oder in dieselben sich auflösende Eigenthum beilegen will. Nur hinsichtlich einzelner Punkte, z. B. hinsichtlich der Verbindlichkeit der in der Markversammlung gefaßten Beschlüsse für den einzelnen Genossen (§. 10), hinsichtlich des Erwerbs und Verlustes des Genossenrechts, insonderheit durch Verjährung (§. 14), kann in Frage kommen, in wessen Eigenthum die Mark steht. In gleicher Weise kann solches von Wichtigkeit sein für den Erwerb von Rechten Dritter an der Mark, oder von Vorzugsrechten einzelner Genossen, oder für den Erwerb von Rechten Seitens der Mark gegen Dritte, wenn dabei eine Wissenschaft des Eigenthümers von Handlungen Dritter, z. B. Besitzeshandlungen, bezw. die Absicht, für die Mark zu besitzen, in Betracht kommt. Muß man nämlich das Eigenthum der Gemeinde beilegen, so ist die Absicht und die Wissenschaft ihrer Organe (der Vorsteher, Malleute, Aufseher) oder doch der Mehrzahl der Genossen[14]) ent-

[14]) Vergl. §. 285 der bürgerl. Proceß-Ordnung.

Digitized by Google

scheidend, legt man den Genossen aber das Eigenthum bei, die Absicht und die Wissenschaft der einzelnen Genossen.

Auch für das Proceßrecht, insonderheit bei Beurtheilung der Zulässigkeit, bezw. der Verpflichtung eines Markgenossen oder eines Verwandten desselben zum Zeugnisse in Processen der Markgenossenschaft, kann in Frage kommen, in wessen Eigenthume die Mark steht. Ist die Gemeinde Eigenthümerin, so ist unzweifelhaft die Gemeinde als juristische Person befähigt, vor Gericht aufzutreten und ihr Eigenthumsrecht als Proceßpartei geltend zu machen und zu vertheidigen; die einzelnen Gemeindemitglieder sind dann ebenso unzweifelhaft nicht als eigentliche Proceßpartei anzusehen, wenngleich sie als Träger der juristischen Person bei Errichtung des Syndikats mitgestimmt haben. Auch die Verpflichtung zur theilweisen Tragung der Proceßkosten und die Verpflichtung möglicherweise einen Parteieid leisten zu müssen, macht den einzelnen Genossen nicht zur eigentlichen Proceßpartei; es trifft ihn diese Pflicht vielmehr ebenfalls nur als Mitrepräsentanten einer juristischen Person. Deshalb ist ein Markgenosse nicht als ein Zeuge in eigener Sache, also nicht absolut unzulässig, sondern nur wegen unmittelbaren Interesses [15]) beim Ausgange der Sache als Zeuge für die Gemeinde auf Antrag ihres Gegners nach §. 253 Nr. 3 der bürg. Pr.-O. zu verwerfen, bezw. auf eigenen Antrag als Zeuge gegen die Gemeinde nach §. 251 Nr. 3 der bürgerl. Pr.-O. von der Verpflichtung zur Ablegung des Zeugnisses zu befreien. Aus gleichem Grunde sind auch nach der ersteren Gesetzesstelle, wenn Verwandte eines Markgenossen von der Markgemeinde als Zeugen vorgeschagen sind, Ehegatten, Eltern und Kinder eines Markgenossen als Zeugen zu verwerfen, die Verwerflichkeit aber nicht auf die unter §. 253 Nr. 1 der bürgerl. Pr.-O. außerdem genannten sonstigen Verwandten, wie auf Geschwister, auszudehnen.

Anders würde sich das Verhältniß gestalten, wenn nicht die Markgemeinde, sondern die Markgenossen als Eigenthümer der Mark anzusehen sind. Zunächst würde man dann über-

---

[15]) s. Busch, die Stimme der Praxis (Erlangen 1862) Nr. 86, S. 306.

Digitized by Google

haupt eine Vertretung der Genossen durch einen Syndikus in vielen Fällen nicht für zulässig halten können, wenn man den Markgenossen ein Eigenthum zu ideellen Theilen oder ein Miteigenthum pro indiviso beilegt; denn ein Syndikus kann wohl eine Gemeinde vertreten, aber kein Recht für dieselbe geltend machen, welches ihr nicht zusteht. Sodann aber würden, wenn die einzelnen Markgenossen die Proceßpartei bilden und etwa nur, wie solches im vorigen Jahrhundert öfter vorgekommen, einen gemeinsamen Bevollmächtigten, wenngleich unter dem Namen eines Syndikus, bestellt haben, die Markgenossen dennoch die eigentliche Proceßpartei bleiben, mithin als Zeugen im Processe absolut unzulässig, die Verwerflichkeit ihrer Verwandten als Zeugen daher auch nicht auf Ehegatten, Eltern und Kinder der Markgenossen beschränkt, sondern auf ihre sämmtlichen in §. 253 Nr. 1 genannten Verwandten und Verschwägerten in grader Linie, Geschwister und Verlobten auszudehnen sein.

Müßte man endlich ungeachtet eines Eigenthums der Genossen nicht die Genossen als die Vertreter ihres Eigenthums ansehen, sondern ein eigenthümliches, deutschrechtliches Rechtssubject als Vertreter der Genossen fingiren und könnte man diesem Rechtssubjecte zwar kein Eigenthum an der Mark, dennoch aber ihm die Vertretung der den Genossen zustehenden Rechte beilegen, so würde man folgerichtig auch eben dieses Rechtssubject als Proceßpartei ansehen und einen als Zeugen vorgeschlagenen einzelnen Genossen als unmittelbar beim Ausgange der Sache interessirt auf Antrag des Gegners der Mark verwerfen, die Verwerflichkeit seiner Verwandten als Zeugen aber auf Ehegatten, Eltern und Kinder beschränken müssen.

§. 14.

Erwerb und Beweis des Genossenrechts.

Da die Ware weder ein servitutisches Recht, noch ein Miteigenthumsrecht, sondern das verfassungsmäßige Recht eines Gemeindemitgliedes in der Gemeinde und an dem Gemeindevermögen ist, so können für den Erwerb und für den Verlust der Ware die Rechtssätze, welche über den Erwerb und das Erlöschen von Servituten und Eigenthum handeln, nicht zur Anwendung kommen. Das in der Ware enthaltene Nutzungsrecht

Digitized by Google

an der Mark kann zwar, wenn man die Markgemeinde als Eigenthümerin der Mark betrachtet, als ein dingliches Recht an einer fremden Sache angesehen und, wenn es sich nicht um die Existenz des Genossenrechts überhaupt, sondern nur um den Umfang des dem einzelnen Genossen oder einer Klasse von Genossen zustehenden Rechts handelt, nach den Regeln über den Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an fremder Sache beurtheilt werden. Die Ware selbst aber, d. h. das Recht eines Gemeindemitglieds, welches Stimmrecht, somit Antheil am Verfügungsrechte über das Markvermögen, und Nutzungsrecht enthält, ist kein Ausfluß des Nutzungsrechts, sondern die Quelle desselben. Die Ware kann nur auf Verleihung Seitens der Markgemeinde sich gründen oder auf dem Herkommen beruhen. Sie wird erwiesen durch Anerkennung von Seiten der unstreitigen Markgenossen. Als sichere Merkmale des genossenschaftlichen Rechts gelten daneben [16]: die Theilnahme am Hölting als Genosse, das Verzeichniß unter den Markgenossen in den Lagerbüchern und Markrollen, die Theilnahme an den Ausweisungen aus der Mark, die Concurrenz zu den Marklasten, die Anstellung als Malmann in der Mark, die Gleichstellung mit anderen Markgenossen in alten öffentlichen Documenten.

Dagegen können als sichere Kennzeichen der Markgenossenschaft nicht betrachtet werden: die Holzgrafschaft oder Unterholzgrafschaft in der Mark, das Belegensein einer Stätte innerhalb der Mark, Benutzungsrechte in der Mark, die s. g. Blumenwarigkeit, d. h. die Berechtigung zum Fällen von Blumenholz, der Besitz eines Privativums oder eines Zuschlags in der Mark, die Concurrenz zu den Reihelasten (Hoheitslasten, Communal-Lasten).

III. Marknutzung der Genossen.

§. 15.

Die Mark darf von den Genossen nur nach dem Verhältnisse ihrer Waren und nur nach den herkömmlichen oder durch Beschluß der Markgemeinde festgestellten Regeln genutzt werden.

---

[16]) Juristi. Zeit. 1830, Hft. 2, S. 36.

Digitized by Google

Wer diese Regeln verletzt, bricht den Markfrieden und wird bruchfällig[17]). Als Markregeln sind die Folgenden hervorzuheben.

§. 16.

a. Im Allgemeinen.

Die Marknutzung steht einem Genossen für die Haushaltung und den landwirthschaftlichen Betrieb auf dem Haupthofe zu. Daneben haben aber in der Regel die gewarten Höfe, dem Herkommen nach oder in Folge Verleihung Seitens der Markgemeinde, das Recht der Marknutzung auch für die alten Nebenhäuser, vorzugsweise für die Leibzuchten, jedoch nicht als ein mit dem Nebenhause verbundenes Recht, sondern als ein Ausfluß der dem Hofe überhaupt zustehenden Markgerechtigkeit. Von einem neu errichteten, nicht an die Stelle einer früheren Feuerstätte tretenden Nebenhause aus darf aber die Mark nur genutzt werden, wenn und soweit die Markgemeinde solches gestattet[18]).

§. 17.

b. Hinsichtlich des Holzes und der Mast.

Da die Ausweisung bestimmter Holztheile zur privativen Holznutzung für die einzelnen Genossen zum großen Nachtheil der Holzcultur meistens schon vor langen Jahren erfolgt, die gemeine Weide in den speciell ausgewiesenen Holztheilen aber durch die Markentheilungs-Ordnung von 1822 (Abschn. 13, Nr. 1) gegen eine von den Inhabern der Loh- und Dusttheile[19]) zu leistende Entschädigung gesetzlich aufgehoben ist, sind die Markregeln wegen der Holzungen und der Mast nicht mehr von erheblicher praktischer Bedeutung.

---

[17]) Polizeistrafgesetz für das Königreich Hannover vom 25. Mai 1847, §§. 242—247.

[18]) Jurist. Zeit. 1835, Heft 1, S. 185. — Rescript des Geheimen Raths an das Amt Iburg vom 30. Nov. 1780, das Weidegeld in den Marken betr., im Eingange, C. C. II, S. 547.

[19]) Ein zur privativen Holznutzung ausgewiesener Holztheil heißt ein Loh, wenn dem Inhaber alles Holz, auch das Blumenholz, in demselben zusteht, — ein Dusttheil, wenn ihm nur die Nutzung des

Digitized by Google

Zu bemerken ist jedoch, daß zur Beseitigung von Local-Gewohnheiten, nach welchen ein Baum, der beim Fällen oder durch Zufall auf des Nachbars Grund fällt, dem Nachbarn gehört, schon in älteren Recessen über Theilung von Holzungen zur privativen Nutzung besondere Bestimmungen aufgenommen sind, nach welchen der Eigenthümer des Baumes den auf fremden Grund gefallenen Baum gegen Leistung von Schadensersatz behalten darf[20]).

Die Verschiedenartigkeit der Rechte Einzelner oder einzelner Gruppen von Genossen an der Mark hat dahin geführt, daß in einigen Marken, z. B. in der Salmer Mark, zwischen holzwarigen und erdwarigen Genossen unterschieden wird. Es ist aber weder mit der einen, noch mit der anderen Bezeichnung ein allgemein feststehender Begriff verbunden, vielmehr den Verhältnissen der einzelnen Marken zu entnehmen, was unter Holzwarigkeit oder Erdwarigkeit zu verstehen, insonderheit ob die s. g. Holzwarigkeit nur ein vom Genossenrechte unabhängiges, servitutisches Recht am aufstehenden Holze überhaupt oder in bestimmten Revieren — oder ein mit Stimmrecht verbundenes, aber hinsichtlich des Nutzungsrechts auf bestimmte Grundflächen beschränktes Genossenrecht sei[21]). Auch unterscheidet man wohl

---

Unterholzes (Dustholz) zusteht. Beide Ausdrücke werden jedoch wohl mit einander verwechselt und das Wort „Loh“ auch gleichbedeutend mit „Hegge“ gebraucht zur Bezeichnung von Holzungen, welche für engere Gemeinheiten ausgewiesen, aber nicht speciell getheilt sind.

[20]) Klöntrup, Handbuch unter „Holz“ Nr. 8 und 9. — Im Recesse über Theilung eines Stücks der Hollager Mark von 1779 ist §. 26 und 27 bestimmt: „Wenn bei Fällung des Holzes ein Baum entweder von ungefähr in des Nachbarn Theil fällt oder sonst nicht füglich anders gefällt werden kann, soll der Nachbar selbigen innert 8 Tagen nach dem Fall verabfolgen zu lassen gegen Ersetzung des etwa verursachten Schadens gehalten sein. Auch soll ein Nachbar dem anderen die nothdürftige Ab- und Zufuhr verstatten, wenn derselbe zu und von seinem Theile weder aus der gemeinen Mark, noch auf einem ordentlichen, in der Charte verzeichneten Wege gelangen kann.“ — Theilungsprotokoll der Essener Mark von 1773, §. 60 in Klöntrup's Werke „von den Erberen“ S. 102. — Vgl. Ausschr. v. 20. Nov. 1800 im C. C. II, S. 774.

[21]) Tr. de jure holzgr., th. 8, Not. 22. — Urtheile des O.-A.-G. in Sachen Tebbe w. Thole 1864 und 1865.

Digitized by Google

zwischen blumenwarig und duftwarig [22]), jenachdem eine Holznutzung sich auf alle Holznutzungen in der Mark, auch zu Zimmerholz und Mast, oder nur auf das Unterholz sich erstreckt.

§. 18.

c. Hinsichtlich der Weide.

In der Regel sind die Weidebefugnisse der Markgenossen gleich. Ausschließliche oder bevorzugte Weiderechte einzelner Markgenossen oder einzelner Klassen derselben, wie sie z. B. bei der Schaftrift vorkommen, haben die Vermuthung nicht für sich [23]).

Ein Markgenosse ist nicht befugt, seine Weidegerechtsame einem Fremden zur Benutzung zu überlassen oder fremdes, ausmärkisches Vieh einzunehmen und mit dem seinigen in die Mark zu treiben [24]). Auch darf er nicht mehr Vieh in die Mark treiben, als er bei sich durchwintern kann [25]).

Die Weidegerechtsame eines Markgenossen darf nur von dem in der Mark belegenen berechtigten Gute ausgeübt werden. Auch das Vieh, welches auf dem in der Mark belegenen Hofe überwintert hat, in der Weidezeit aber außerhalb der Mark aufgestellt wird, darf von da nicht in die Mark getrieben werden [26]).

§. 19.

Das Vieh darf in den ungetheilten Marken in der Regel hirtenlos weiden. Deshalb muß ein Jeder seine an offener Mark belegenen Grundstücke gegen die Mark einfriedigen lassen (s. §. 28 unten). Es darf jedoch kein Vieh in die Mark ge-

---

[22]) Möser, Osnabr. Gesch., Th. I, Abschn. 1, §. 11 Not. b.

[23]) Jurist. Zeit. 1835, Heft 2, S. 5.

[24]) Rescript Bischof Philipp Sigismund an die Aemter vom 26. Mai 1596 in tr. de jure holzgr., app. '49, S. 211 und C. C. II, S. 29. — Struckmann, Proben des Osnabr. Markenrechts in Schlüters Beiträgen für d. hann. Landesr., 1834, Bd. 1, S. 5; Jur. Zeit. 1849, Heft 2, S. 39.

[25]) Tr. de jure holzgr., th. 7, Not. 20. — Klöntrup: Von den Erberen §. 14. — Entw. der Hölt.-Ord., Art. 6. — Bülow und Hagemann: Rechtl. Erört. Bd. 4, S. 283.

[26]) Jurist. Zeit. 1834, Heft 2, S. 6 ff.

Digitized by Google

trieben werden, welches steigerisch ist oder sonst gegen die gewöhnliche Natur des Viehs eine im Allgemeinen wehrhafte Befriedigung nicht achtet. Die Schweine dürfen auch nur in einigen Marken und meistens nur unter einem Hirten ausgetrieben werden [27]) und müssen auf Verfügung des Holzgrafen, jetzt der Markgemeinde, gekrampt, d. h. mit einem durch den Rüssel gezogenen und in demselben befestigten Eisendrathe versehen werden.

Die Schaftrift ist in vielen Marken nur ein Vorrecht des Holzgrafen, Unterholzgrafen oder anderer besonders Berechtigten und muß bei Vermeidung polizeilicher Strafen unter der

---

[27]) Verordnung wegen Hütens der Schweine vom 28. Sept. 1702 C. C. II, S. 157. — Geh. Raths-Reskript vom 25. Mai 1732 im C. C. I, S. 1287, eingeschränkt durch landesherrliche Resolutionen vom 9. Dec. 1732 und 7. Jan. 1733, s. Möser, Patr. Phant.: „Vom Hüten der Schweine" Th. 3, Nr. 52, woselbst folgendes Attest des Amts Fürstenau vom 21. Febr. 1754: „Auf gebührendes Ansuchen verschiedener Amts-Unterthanen wird hiermit bezeuget, daß

1) die Schweine, gleich denen Pferden und Kühen in denen Marken dieses Amts ungehütet gehen und ihre Nahrung suchen mögen, massen dann

2) die Friedigungen an denen eingezäunten oder binnen Gründen von deren Eigenthümern in einem dermassen untadelhaften Stande erhalten werden müssen, daß dadurch die Schweine sowohl als die Pferde und Kühe abgekehrt werden können, gleich dann

3) in dem Falle die Friedigung mangelhaft befunden wird, dem Eigenthümer des Grundes einige Schüttung so wenig zustehet oder erlaubt ist, als wenig derselbe von dem Eigener des durch sothane mangelhafte Friedigung hereingetretenen Viehs die Erstattung des verursachten Schadens fordern mag, jedoch wird

4) die Mastzeit hierunter gar nicht verstanden, sondern es ist sodann ein jeder die Schweine vor des anderen Gründen oder Eichelfällen zu hüten, allerdings schuldig. Daß nun dieses alles in hiesigem Amte dermassen von je her gehalten worden und gesprochen werde, solches haben wir hiedurch vermittelst Unserer eigenhändigen Unterschrift und Beidrückung angebornen und respective gewöhnlichen Pettschafts beglaubigen wollen. Geben auf'm Amthause Fürstenau den 21. Febr. 1754.

Churfürstlich-Cölnische, Hochfürstlich-Osnabrückische Beamte des Amts Fürstenau.

C. H. von Böselager. C. L. Balcke."

Digitized by Google

Hude von Schäfern ausgeübt werden[28]). Wo den Markgenossen die Schaftrift zusteht, treten hinsichtlich der Zahl der Schafe, der Zeit und des Orts der Weide Beschränkungen ein.

Die Gänseweide, welche in einigen Marken vorkommt, ist wohl auf das Recht, eine bestimmte Anzahl Zuchten einzutreiben beschränkt.

Vergehungen in Beziehung auf die Weide und Viehhütung werden im Uebrigen nach den §§. 232—236, 248—249 des Polizeistrafgesetzes vom 25. Mai 1847 bestraft.

§. 20.

d. Hinsichtlich der Plaggen.

Plaggen dürfen an verbotenen Orten und zu verbotenen Zeiten nicht gewonnen werden. Das Verbot ergeht, wie früher vom Holzgrafen, so jetzt von der Markgemeinde. Auch dürfen auf dünnschichtigen Grasangern die Plaggen nicht geschaufelt, sondern nur mit dem Segede oder Plaggenstift, einer breiten, scharfen Querhacke gehauen werden. Letztere Art des Plaggenhiebs nennt man oft Plaggenmähen[29]); doch wird dieser Ausdruck auch für andere Arten des Plaggengewinns gebraucht.

Auf gewissen, zum Plaggengewinn bestimmten Plätzen, Plaggenmatten, steht oft mehreren Genossen gemeinschaftlich, oft einem Einzelnen ausschließlich das Recht zum Plaggenhieb zu; letzten Falls nennt man den Platz ein privatives Plaggenmatt, wenn aber der Platz an den alten Gründen des Berechtigten liegt, einen Anschluß (s. §. 25). Für den Anschluß streitet die Vermuthung, die Berechtigung zum privativen Plaggenmatt muß bewiesen werden[30]). Wer ein privatives Plaggenmatt hat, ist deshalb von dem Rechte, in den übrigen Theilen der Mark Plaggen zu gewinnen, nicht ausge-

---

[28]) Bekanntm. der Prov. Regierung zu Osnabr. vom 9. Sept. 1822, betr. die Abstellung einiger im Fürstenthume Osnabrück bei Ausübung der Schafweide stattfindenden Mißbräuche. Ges.-Samml. III, S. 160.

[29]) Strodtmann, Idioticon S. 162. — Möser, Patr. Phant., Th. 3, Nr. 53. — Möser, Osn. Gesch. I, 2, §. 1. Note a.

[30]) Jur. Zeit. 1835, Heft 2, S. 9 Anmerkung.

Digitized by Google

schlossen; er darf aber auch die übrigen Mitberechtigten, abgesehen von Plaggenhieb, in der Benutzung seines privativen Plaggenmatts nicht hindern.

Wenn ein Markgenoß in gemeiner Mark einen Ort zum Plaggenhieb in Beschlag genommen hat, darf in den nächsten Tagen kein anderer daselbst Plaggen hauen.

An Ausmärker dürfen keine Plaggen veräußert werden[31]; auch darf ein Markgenoß die in der Mark gewonnenen Plaggen nicht zur Düngung seines außer der Mark belegenen Landes verwenden, wenn er auch Früchte und Stroh in seine Mark zurückbringt.

Das Recht zum Schaufeln von Sudden, einer Art Plaggen, die statt des Torfes zum Brennen gebraucht werden, richtet sich nach dem Herkommen oder wird durch Gemeindebeschluß festgestellt.

§. 21.

e. Hinsichtlich des Torfstichs.

Die Benutzung der Torfmoore,[32] welche zur gemeinen Mark gehören oder aus derselben einzelnen Gemeinden überwiesen sind, richtet sich nach den örtlichen Verhältnissen. In einzelnen Marken ist auch den Heuerleuten, Leibzüchtern, Neubauern der Torfstich und jedem Nutznießer die Veräußerung des gewonnenen Torfes in beschränkter Weise gestattet. Die Moore dürfen jedoch nur nach wirthschaftlichen Grundsätzen benutzt werden, namentlich dürfen die Torfkuhlen, welche einmal in Angriff genommen, nicht beliebig verlassen, auch nicht so angelegt werden, daß hineinstürzendes Viehs sich nicht selbst heraushelfen kann.

Theilungen von größeren Torfmooren sind nur mit Bewilligung der Provinzial-Regierung nach vorgängiger sorgfältiger Untersuchung durch Sachverständige in der Art zulässig, daß die Benutzung genau zu reguliren und Vorkehrungen gegen Mißbrauch zu treffen sind[33].

---

31) Tr. de jure holzgr., th. 8.

32) Klöntrup, Handbuch unter „Moor."

33) Markth.-Ord. von 1822, §. 36. — Ausschreiben des Minist. des Innern vom 28. 1862, betr. das Gesetz vom 28. Dec. 1862 über das

Digitized by Google

§. 22.

f. Hinsichtlich des Flachs- und Hanfrötens[34]).

Die in der gemeinen Mark vorhandenen Rötekuhlen können von demjenigen benutzt werden, welcher sie für eine Rötezeit in Beschlag nimmt und in brauchbaren Stand setzt, wenn der ausschließliche Gebrauch der Kuhlen nicht Einzelnen ein für alle Mal zusteht. Wer eine Rötekuhle ausschließlich hat, kann in der Regel den daran stoßenden Markengrund soweit vertheidigen, als er mit der Schaufel die Erde aus der Tiefe werfen kann, in einigen Marken, soweit, daß er mit einem Wagen um die Kuhle fahren kann. — Auch den Heuerleuten ist in der Regel die Benutzung der Rötekuhlen verstattet. — Bei Theilung einer Mark werden nach Ortsgelegenheit Plätze für die Rötekuhlen und zum Ausbreiten des Flachses bei denselben bestimmt.

§. 23.

g. Hinsichtlich der Sand- und Steingruben.

Erde, Lehm, Sand, Steine dürfen nur von den dazu bestimmten Stellen genommen werden.

§. 24.

h. Hinsichtlich der Gewässer und der Fischerei.

Gewässer, welche durch eine Mark fließen und nicht zu den öffentlichen Gewässern zu rechnen sind, bilden in der Regel einen Bestandtheil der Mark. Das Recht, diese Markgewässer zu stauen und zur Beflößung zu verwenden, ist, wenn dasselbe nicht auf besonderem Rechtstitel oder auf Herkommen sich gründet, von den Beschlüssen der Markgemeinde abhängig[35]). Die Reini-

---

Verfahren bei Gemeinheitstheilungen (Ges.-Samml. 1863 II, S. 18). — Bekanntm. des K. Minist. des Innern vom 17. April 1864, betr. die Ausführung des Gesetzes vom 30. Junius 1842 über das Verfahren in Gemeinheitstheilungssachen §. 25, §. 28. (Ges.-S. I, S. 87.)

34) Klöntrup, Handbuch unter „Röthen".

35) Vgl. Entwurf der Höltings-Ord., Art. 6 im C. C. I, S. 768. — Die öffentlichen, in einer Mark fließenden Gewässer unterliegen nicht, wie die älteren Schriftsteller annehmen, dem markenrichterlichen Gebot und Verbot, sondern der landespolizeilichen Aufsicht. — Vgl. dagegen tr. de jure holzgr., th. 29, Note 33; Klöntrup, Handbuch unter „Bach" Nr. 2.

Digitized by Google

gung der Markgewässer muß von der Markgemeinde vorgenommen werden.

Die Fischerei in den in offener Mark fließenden Bächen und Flüssen, welche vor Alters jedem echtwarigen Genossen zugestanden haben mag, ist nur den Erbexen und Gutsherrn, auch wohl einzelnen Meiern, verblieben.

Die in der Mark belegenen, zu Fischbehältern eingeuferten Teiche verbleiben bei einer Marktheilung den Betheiligten, müssen jedoch unter Umständen gegen Entschädigung abgetreten werden. Bei den Feldteichen wird derjenige Theil derselben, der in Jahren, in welchen keine ungewöhnliche Witterung eintritt, um Johannis mit Wasser bedeckt ist, dem Inhaber des Teichs als Privativum zugeschrieben, der übrige Theil derselben aber als gemeiner Markengrund angesehen[36]).

§. 25.

1. Hinsichtlich der Anschüsse.

Der an den alten säebaren Gründen liegende Markengrund, der s. g. Anschuß oder Orland (Ortland, Urland), an welchem in vielen Marken dem anliegenden Markgenossen das Recht einer bevorzugten Nutzung, das s. g. Hagenrecht, gewöhnlich nur in dem ausschließlichen Recht auf Plaggenhieb bestehend, zusteht, erstreckt sich in einigen Marken so weit, als der Markgenosse von der Grenze seines Grundes mit einem Harhammer unter dem linken Beine her werfen kann, und wird deshalb auch wohl Hammerwurf[37]) genannt. Ein solcher Anschuß muß jedoch

---

[36]) Markth.-Ord. von 1822, Abschn. 13, Nr. 6.

[37]) S. Nachricht von alten Rechten und Gewohnheiten in Kreß' Erläuterung des Archidiaconat-Wesens, Anh. S. 140: „Von einem sonderlichen Kamp kann ich soweit aus der Gemeinheit die Plaggen privative prätendiren, als ich unterm Bein her mit einem Harhammer oder Pflugeisen abwerfen, und von meiner Wiese, als ich mit einem Apfen Halfe ablangen kann." — Entwurf der Holzgerichts-Ordnung von 1671, Art. 8: „wird gemeiniglich dafür gehalten, daß einer von seinen Brechten und Kämpfen biß so viel als etwa ein Mann haltend in der linken Hand einen Ast vom Baume, mit einem Pflugeisen oder Haerhammer (d. h. Hammer, mit welchem man eine Sense grade schlägt)

Digitized by Google

uneingefriedigt und zur Weide für die übrigen Mark- und Weideberechtigten offen bleiben.

In einigen Marken werden den Markgenossen auch Anschüsse für ihre Wiesen, Gärten und Holzungen zugestanden, in anderen gilt der Schaufelschlag[38]) als Anschuß, insonderheit für die alten Wiesen und für die Gründe der Markkötter.

Bei Theilung einer Mark wird für den Anschuß, Hammerwurf, Orland und für sonstige Ansprüche an Plätzen, die ohne privative Gründe zu sein, an die alten Gründe stoßen und nicht mit Holz bestanden sind, keine Vergütung gewährt, weil solche Berechtigungen meistens allgemein sind und sich gegenseitig aufheben[39]).

IV. Von den Zuschlägen.

§. 26.

Ein Zuschlag ist ein eingefriedigtes, von der Mark genommenes Grundstück. Ein kleiner, an den alten Gründen liegender Zuschlag, welcher mit jenen vereinigt ist, heißt eine Zaunrichtung oder Zaunstätte; ein Zuschlag, der mitten in offener Mark errichtet wird, ein Kamp.

Zuschläge, welche den einzelnen Markgenossen nach Erbesgerechtigkeit ausgewiesen oder sonst aus der Mark veräußert sind, scheiden mit der Einfriedigung aus der Mark; solche Zuschläge, welche nur zeitweilig eingefriedigt werden, bleiben dagegen als Bestandtheile der Mark dem Markenrechte unterworfen.

Die Anlage eines neuen Zuschlags kann nicht durch landes-

---

unter dem linken Beine her abzuwerfen vermag, es wohl verthädigen und befreyen könne." — Im alten Amte Fürstenau nahm man als Hammerwurf eine Strecke von 100 Fuß Rheinl., oder 33⅓ Schritt an.

38) Nach einer Aufzeichnung des alten Amts Fürstenau „gehet vom Wiesengrunde nichts weiteres zum privativen, als ein Schaufelschlag, und ist ein Schaufelschlag dahin zu verstehen, wann ein Mann mit dem rechten Fuß an dem Graben oder Wredigung des Wischgrundes stehet und sodann mit der Hand eine Schaufel von sich reichet, so weit mag es einer zu seinen privativen prätendiren zu Bewredigung der Wiese."

39) Markth.-Ord. von 1822, Abschn. 13, Nr. 5.

Digitized by Google

polizeiliche Verfügung gestattet werden [40]) und bedarf nach heutigem Rechte einer landespolizeilichen Erlaubniß nicht, da die ehemals verordneten Beschränkungen [41]), welche man, wenngleich mit Unrecht [42]), nur als Ausflüsse der dem Landesherrn zustehenden Holzgrafschaft darzustellen gesucht hat, veraltet sind.

Jeder Markgenosse hat aber das Recht der Anlage eines neuen Zuschlages oder dem Verkaufe eines Markengrundstücks zu widersprechen, selbst ohne besonderen Nachweis eines ihm daraus erwachsenen Schadens [43]). Ausnahmsweise fällt jedoch dieses Recht weg [44]):

a. wenn die Einfriedigung oder der Verkauf auf dem Hölting, jetzt in der Versammlung der Markgemeinde, von den anwesenden Genossen beschlossen ist, für den alsdann nicht widersprechenden und für den nicht erschienenen Genossen [45]);

b. wenn behuf Deckung der Kosten für Feuerlöschanstalten der Verkauf gemeiner Markengründe durch Mehrheit der Stimmen beschlossen ist, in welchem Falle nach den Feuerordnungen vom 1. November 1791 und 14. Januar 1834, §. 21, der Widerspruch einem Genossen nur bei dem Nachweise eines wirklichen positiven Schadens zusteht;

c. wenn der Verkauf ein nothwendiger ist oder der Zuschlag zur Bezahlung einer Schuld der Markgemeinde ausgewiesen wird [46]).

Zuschläge, welche der Mark verbleiben, dürfen zwar der Holzcultur wegen auf einige Jahre umhegt werden; nach Ablauf

---

[40]) Immerwährende Capitulation, Art. 46. — Amts-Ordnung Bischofs Johannes von Hoya von 1556, Art. 19 im C. C. I, S. 516.

[41]) Mittheil. des hist. Vereins zu Osnabrück (1850), S. 333 und und 382, woselbst Landesvertrag von 1525. — Markentheilungs-Ord. von 1822, §. 14 a. E.

[42]) Möser, Osnabr. Gesch. II, 3, §. 19, Note d.

[43]) Erkenntnisse der Justiz-Canzlei i. S. von Hörde, als Besitzer des Guts Astrup w. Dreyer (1815); i. S. adv. fisci ecclesiastici für evangel. Pastorat zu Bippen w. Wessel (1818). — S. jedoch §. 12 oben.

[44]) Struckmann, Proben des Osnabr. M.-R. in Schlüters Beitr. für das Hann. L.-R. (1834), S. 14. — Jurist. Zeit. 1849, Heft 2, S. 105.

[45]) Tr. de jure holzgr., th. 4, Note 14.

[46]) Tr. de jure holzgr., th. 6, Note 18.

Digitized by Google

der bewilligten Jahre darf aber jede Gemeinde sich selbst helfen und die Zuschläge niederreißen[47]).

Ueberhaupt hat nach Angabe mehrerer Schriftsteller derjenige, welcher das Recht hat, der Anlage eines neuen Zuschlags zu widersprechen, die Befugniß, die Einfriedigung eines neuen Zuschlags aus eigener Macht zu zerstören, oder, wie man sagt, den Zuschlag zu wraken[48]), ein Recht, welches binnen drei Tagen (bei der dritten Sonne)[49]), oder wie Andere[50]) wollen, erst binnen Jahresfrist, oder in der Zeit von einem ordentlichen Hölting zum anderen[51]) verjähren soll. In den Marken, in welchen jährliche Mai- oder Schnatgänge üblich sind, sollen die Zuschläge, welche seit dem letzten Begange, also binnen Jahresfrist in offener Mark errichtet sind, beim nächsten Schnatgange von der durch die neue Anlage verletzten Markgemeinde nieder-

---

[47]) Gener.-Ausschreiben vom 30. April 1778 im C. C. II, S. 522.

[48]) Struckmann in Schlüter's Beiträgen (1834), S. 21; daselbst ein Urtheil der Justiz-Canzlei von 1815, und S. 30 Holzungs-Ord. der Essener Mark von 1620, Nr. 26. — Vgl. auch daselbst Höltings-Prot. der Herringhäuser Mark von 1650.

[49]) S. Receß zwischen Johann von Ledebur in Langenbrüggen und den Nortrupper Markgenossen vom 18. September 1577, Nr. 9 (Tr. de jure holzgr., app. S. 175): „Item eß mogen die Nortrupper Menne sambt und besonders dem Holte oder sunsten anders was so uth ever Mark gehouwen und entfernt wert, an Holtings Recht by der drübden Sunnen folgen, um dahr so sulchs befinden, up Recht penden und de pande in dem Gerichte laten."

[50]) Tr. de jure holzgr., th. 4, Note 13. — J. F. A. Lodtmann, Varia jur. civ. Osn., cap. VI, §. 22.

[51]) In Sachen Ahlert w. Eingesessenen zu Uphausen, in welcher das Officialat-Gericht ein Inhibitorium wegen beabsichtigten Wrakens eines Zuschlags erlassen hatte, berichtete das Amt Iburg am 7. Mai 1798, „daß es ganz gegen die Markverfassung stritte, wenn Ahlert behauptet, ein Zuschlag, der ein Jahr gestanden, könne nicht mehr gewrakt werden. Ohne des Holzgrafen Genehmigung findet keine Einrichtung eines Zuschlages statt, und diese wird gewöhnlich beim Holzungsgerichte ertheilt. Alle Einkämpfungen, die von einem Holzungsgerichte bis zum andern gemacht werden, können demnach vom Holzgrafen verboten, bestraft und niedergelegt werden, wie hievon jedes Holzungs-Klagregister Beweise zum Ueberflusse enthält."

Digitized by Google

gerissen werden können, weil erst von Zeit des Beganges an, der öffentliche Besitz anfange[52]).

Ein Ausmärker, welcher in der Mark berechtigt ist, hat ein Widerspruchsrecht gegen die Anlage eines Zuschlags, wenn die Nutzung seines Rechts durch die neue Anlage beeinträchtigt wird. Die Genossen einer benachbarten Mark, deren ungehütetes Vieh auf Grund des freien Weideganges nach Pfalbauernrecht (vergl. §. 27) ungestraft in die fremde Mark übertreten darf, können der Anlage neuer Zuschläge zum Schutze des gedachten Rechts nicht widersprechen und die Zuschläge nicht niederreißen[53]).

V. Nachbarrechte.

§. 27.

Pfalbauernrecht[54]).

Benachbarte Marken müssen, auch wenn sie nicht unmittelbar an einander grenzen[55]), auf Grund des s. g. Pfalbauernrechts (jus vicinitatis et familiaritatis) gegenseitig den Uebertritt des hirtenlos gehenden Viehs von einer Mark in die andere dulden, wenn das Vieh, ungetrieben und nur dem Instinkte folgend, in die fremde Mark geht. (Weidegang nach Pfalbauernrecht, Weidegang ex ductu naturae). Das Vieh darf aber aus der fremden Mark zurückgetrieben werden. Nach der Verordnung Bischofs Ernst August II., vom 13. Februar 1721 (C. C. I, S. 1109), darf zwar das ungehütet übertretende Vieh zur Erhaltung des Rechts, alljährlich zwischen Maitag und Jacobi, zwei Mal gepfändet oder geschüttet und als Schüttegeld für jedes Pferd oder Stück Hornviehe 6 Pfennig, für ein Füllen, Rind oder Schwein 3 Pfennig genommen werden; durch die Erklärung der Regierung vom 14. Juli 1738 (C. C. I, S. 1111)

---

[52]) Möser, Osnabr. Gesch., Th. I, Abschn. 1, §. 31, Note c. — Dessen Einl. z. Osnabr. Gesch., §. 42, Note c. — S. auch Klöntrup Handbuch unter Laischaft, Nr. 19.

[53]) Tr. de jure holzgr., app. S. 132. — Verordn. vom 13. Febr. 1721 im C. C. I, S. 1110.

[54]) Berghoff. Von der Beschaffenheit des Osnabr. Pfalbauernrechts (1770). — Jurist. Zeit. 1835, Heft 2, S. 11 und 24.

[55]) Struckmann in Schlüters Beitr. für Hann. L.-R., S. 2.

Digitized by Google

ist jedoch die Bestimmung in der obigen Verordnung auf die Marken, in welchen das Schütten des ductu naturae gehenden Viehs, von Alters her und vor der Verordnung von 1721 hergebracht gewesen, beschränkt.

Wenn das übertretende Vieh vorsätzlich bis an die Grenze einer fremden Mark getrieben, oder wenn Vieh, welches den benachbarten Markgenossen nicht gehört, sondern nur zur Futterung eingenommen ist, die Markgrenze übertritt, so kann die Pfändung desselben jeder Zeit vorgenommen, das obige Schüttegeld doppelt genommen und die verwirkte Brüchtenstrafe erkannt werden [56]).

§. 28.

Anlieger.

Das in der gemeinen und offenen Mark zur Weide gehende Vieh darf ungehütet weiden (vergl. jedoch §. 19). Jeder, der mit seinen Privatgründen an die offene Mark grenzt, muß selbst für die Abhaltung des in der Mark ungehütet weidenden Viehs durch gehörige Einfriedigungen oder Bewrechtungen (Wälle, Hecken, Zäune) sorgen. Wer seine Gründe gegen die Mark nicht oder nicht gehörig befriedigt, darf das ungetrieben, nur instinktmäßig übertretende Vieh von seinen Gründen nur vertreiben, nicht aber schütten, und kann keinen Anspruch auf Ersatz des durch das übertretende Vieh verursachten Schadens machen [57]). Haken oder Schlagbäume vor den Wegen, welche

---

[56]) Verordn. vom 13. Februar 1731 im C. C. I, S. 1110.

[57]) Erkannt in S. Hahlener Mark w. Stift Börstel vom gr. Sen. des O.-G. (1860) und im Berus.-Urth. des O.-A.-G. vom 7. December 1861, woselbst zugleich ausgesprochen ist: „wenn das auf unbefriedigte Gründe aus der Mark übergetretene Vieh dennoch gepfändet sei, so enthalte dieses nicht allein eine Kränkung der Rechte des Markgenossen, welchem das gepfändete Vieh gehört, sondern auch eine Kränkung der Rechte der Markgenossenschaft; letztere sei daher zur Anstellung einer nach Art der actio confessoria oder negatoria zu beurtheilenden Klage auf Anerkennung ihres Rechts auf den Weidegang ductu naturae oder Aberkennung des Pfändungsrechts befugt.“ — Verordn. vom 10. Juli 1773 im C. C. I, S. 1111. — Markth.-Ord. von 1822, Abschn. 13, Nr. 8. — Juristi. Zeit. 1836, Heft 2, S. 55; 1839, Heft 3, S. 81.

Digitized by Google

durch die Einfriedigung führen, müssen nach der Mark hin, aufschlagen, damit das in der Mark weidende Vieh sie nicht selbst öffnen kann [58]).

Die Anlieger einer Mark sind auch den übrigen Besitzern von Binnengründen gegenüber verpflichtet, die Befriedigung gegen das in der Mark weidende Vieh in wehrhaftem Stande zu halten, jedoch nur in der geschlossenen Zeit von Maitag bis Bartholomaeus [59]), und in der Regel nicht gegen Schweine und Gänse [60]).

Das Recht der Mark, das Vieh ungehütet in der offenen Mark gehen zu lassen, geht bei Theilung einer Mark nicht auf die Grundstücke über, welche den einzelnen Markberechtigten zum privativen Eigenthume überwiesen werden [61]).

VI. Rechte der Ausmärker.

§. 29.

Ein Ausmärker hat nur ausnahmsweise wegen seiner an die Mark grenzenden Grundstücke, ein Recht auf einen Anschluß; einem solchen aber steht rücksichtlich seiner in der Mark oder an der Grenze der Mark belegenen säebaren Ländereien wohl eine Art des Anschlusses, der s. g. Holzfall zu, der nach verschiedenen Höltings-Protokollen so weit reicht, als man, auf der Grenze stehend, mit einem Beile in die Mark reichen kann [62]).

Zur Erwerbung einer Weideservitut an der Mark durch Verjährung, ist keine dreißigjährige Ausübung der Weide [63])

---

[58]) Klöntrup, Handbuch: „Hake."

[59]) Möser, Patr. Phant.: „Vom Hüten der Schweine," Th. 3, Nr. 52. — Juristische Zeit. 1836, Heft 2, S. 55.

[60]) Erkennt. der Just.-Canzl. in S. Wehdel w. Peithmann (1839).

[61]) Juristische Zeit. 1836, Heft 2, S. 62. — Erk. der J.-C. in S. Wehdel w. Peithmann (1839).

[62]) Tr. de jure holzgr., th. 26. — Klöntrup, Handbuch unter „Holzfall."

[63]) Die ältere Lehre von der Nothwendigkeit einer qualificirten dreißigjährigen Ersitzung (Juristische Zeit. 1835, Heft 2, S. 11; 1838, Heft 3, S. 46), findet jetzt bei den Gerichten gewiß mit Recht keine Billigung mehr, da kein Grund vorliegt, zu Gunsten der Marken

Digitized by Google

erforderlich; es genügt vielmehr ein zehnjähriger, fehlerfreier Besitz. Der Besitz wird jedoch nicht allein durch ein Weiden des Viehs dargethan, sondern nur durch ein Eintreiben desselben in die Mark. Dabei genügt es zur Erwerbung einer Weideservitut an der ganzen offenen Mark, daß das Vieh auf irgend einen Theil der offenen Mark getrieben, und von diesem ab sich selbst überlassen ist[64]). Bei Thieren, welche gehütet werden müssen, z. B. bei Schafen, ist jedoch der Nachweis eines Eintreibens und Beweidens vor dem Hirten erforderlich.

Ein Ausmärker, welcher 30 Jahre lang gegen eine unveränderte jährliche Recognition sein gesammtes Vieh in die Mark getrieben oder für jedes darin weidende Vieh eine unveränderte jährliche Abgabe entrichtet hat, hat die Vermuthung eines unwiderruflichen Weiderechts für sich, und muß, wenn nicht nachgewiesen wird, daß er nur ein zeitweiliges Recht habe, bei einer Marktheilung für den Verlust der Weide entschädigt werden[65]).

Ein Ausmärker, welcher Land in der Mark besitzt, darf in der Mark keine Plaggen schaufeln, wenn er das Recht dazu nicht besonders erworben hat[66]).

VII. Marktheilungen.

§. 30.

Ueber die Marktheilungen, die bereits durch die Verordnung Bischofs Ernst August II., vom 14. Juli 1721 (C. C. II., S. 227), bei den Holzgrafen angeregt wurden, sind durch die Verordnungen vom 4. Juni 1785 (C. C. II., S. 597) und vom 17. Februar 1806 (C. C. II., S. 839) nähere Bestimmungen

---

von dem allgemeinen Rechte eine Ausnahme zu machen. (Urth. der Justiz-Canzlei in S. Nordhaus w. Heller-Markgenossen; Schulte und Consl. w. Limberger Markgenossen; Bauerschaft Engter w. Sleptrupper Mark (1843); das O.-G. i. S. Groß-Bohne w. Meyerhöfener Markgenossen; i. S. Brockhaus w. die Markgemeinde Graffeld.)

[64]) Urth. des kl. Sen. des O.-G. (1858) i. S. Groß-Bohne w. Meyerhöfener Markgenossen.

[65]) Markth.-Ord. von 1822, Abschn. 13, Nr. 4.

[66]) Attest der Stände vom 16. Mai 1705. — Tr. de jure holzgr. th. 7 und app. 12, S. 133. — Schlüter, Beitr. z. Hann. L.-R. (1834), Bd. 1, S. 1.

Digitized by Google

erlassen, welche durch die Gemeinheits- und Markentheilungs-Ordnung für das Fürstenthum Osnabrück, vom 25. Juni 1822, erweitert sind. Schon vor Erlaß jener Verordnungen haben Markentheilungen, wie im übrigen Westfalen, so auch im Osnabrück'schen stattgefunden [67]), jedoch meistens nur General-Theilungen, durch welche die ganze Mark als einzelne Weisungen (Setten), oder bestimmte Stücke der Mark als kleinere selbstständige Marken oder Gemeinheiten, unter dem Namen Heimschnat, Landwehr, Bauerfriede an Markverbände in einzelnen Kirchspielen, Dörfern oder Bauerschaften überwiesen sind, ohne daß dadurch der engere Markenverband von der Nutzung der übrigen offenen Mark ausgeschlossen wurde. Die älteren Special-Theilungen sind meistens nur in der Art vorgekommen, daß der zur Mark gehörige Holzgrund unter den Berechtigten getheilt, im Uebrigen aber der den Einzelnen zugelegte Theil (Loh, Dusttheil, Bergtheil) der gemeinen Mark, namentlich zur gemeinen Weide, verblieben ist.

Vollständige Special-Theilungen unter Ueberweisung des zu theilenden Grundes an die Einzelnen, als ausschließliches, mit Markrechten nicht belastetes Eigenthum waren, wegen des schwer zu besiegenden Widerstandes Einzelner, in früherer Zeit selten. Um sie zu fördern, bewilligten die Stiftsstände im Jahre 1778 den beiden ersten Marken, in welchen zuerst eine völlige Theilung der Mark zu Stande gebracht werden würde, eine Prämie von 12 mgr. für jedes Malter Saat (C. C. II., S. 524). Doch erst die späteren Verordnungen, welche zuerst zwei Drittel der Stimmen, dann (1785) die Mehrheit der Stimmen neben der Zustimmung des Holzgrafen und der Erbexen, endlich (1822) nur die Hälfte der Stimmen der Markgenossen, und darunter die Beistimmung des Holzgrafen und der Erbexen zum Theilungsbeschlusse forderten, erleichterten die Einleitung der Theilungen.*)

---

[67]) Urkunde über Theilung der zwischen der Stadt Osnabrück und Hettlage belegenen Mark von 1267, in Möser's Patr. Phant. I., S 191.

*) In dem ersten Theile des vorstehenden Aufsatzes im Heft 3 Band VI dieser Zeitschrift sind folgende Druckfehler zu berichtigen: S. 364 Z. 6 v. o. lies „Ländern" statt „Ländereien". — S. 365 Z. 4 v. u. lies „der Markgemeinde" statt „oder Markgemeinde". — S. 367. Z. 8 v. u. setze ein Komma vor „Privatgrundstücke". — S. 371 Z. 14 v. o. lies „gemeinen" statt „gemeinsamen". — S. 375 Z. 7 v. o. lies „Redehofes" statt „Radehofes". — S. 381 Z. 4 lies „Teiche" statt „Deiche".

Digitized by Google

2. Ueber die Natur der bona fides bei der Klagenverjährung.

Vom O.-A.-G.-Präsidenten von Düring.

Während das Röm. Recht für die Klagenverjährung überall nicht das Requisit der bona fides aufstellte, eben weil es jene lediglich als ein Mittel betrachtete, die Dauer der Klagen einzuschränken, bei welchem keinerlei Thätigkeit auf Seiten des Beklagten (des Verjährenden), sondern nur ein Unterlassen der Klagerhebung auf Seiten des Klägers vorausgesetzt werde, — so brachte das canonische Recht und insbesondere das Cap. 20. x. de praescr. 2. 26[1]), die bekannten Zweifel in diese Lehre. Während eine Anzahl von Rechtslehrern jene Vorschrift auf die Klagenverjährung überall nicht zur Anwendung bringen wollte, wollten Andere dieselbe ohne Einschränkung auf die Verjährung aller Klagen beziehen; eine dritte Classe von Rechtslehrern hielt sich dagegen in der Mitte der beiden vorstehenden Ansichten, indem sie aus der Fassung des Gesetzes glaubte die Folgerung ziehen zu müssen, daß die fragliche Vorschrift lediglich auf solche Klagen zu beziehen sei, mittelst welcher auf Herausgabe einer vom Beklagten unrechtmäßig besessenen Sache geklagt werde.

Es hat nun bekanntlich unsere hannoversche Gesetzgebung Anfangs vermittelst der authentischen Entscheidung streitiger Rechtsfragen vom 29. Oct. 1822 sub. Nr. 2, sich zu der zweiten, früher besonders von Pufendorf[2]) verfochtenen Ansicht bekannt, indem sie die vorliegende Streitfrage ganz allgemein dahin beantwortete, „daß auch bei der erlöschenden Verjährung während ihrer ganzen Dauer der gute Glauben auf Seiten des Verjährenden vorhanden sein müsse." Später aber hat sie diesen Ausspruch wiederum modificirt, indem sie, der, hauptsächlich

---

[1]) Cap. 20 oder ult. lautet:

Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est; synodali jure definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

Vergl. auch Cap. 5 x. de praescr. (2. 26.)

[2]) observat. I. 115. II. 194.

Digitized by Google

auch von Savigny[3]) vertheidigten, dritten Ansicht folgend, im §. 10 des Gesetzes vom 22. Sept. 1850 über Einführung kurzer Verjährungsfristen für die Provinzen, in denen das gemeine Recht gilt, vorschreibt: „daß der gute Glauben des Verjährenden zur Verjährung einer persönlichen Klage nicht erfordert werde, es sei denn, daß die Klage auf Herausgabe einer unrechtmäßig besessenen Sache gerichtet sei."

Bei den zuletzt erwähnten, so wie bei allen nicht rein persönlichen Klagen kommt also auch noch zur Zeit für den bei weitem größeren Theil des Hannoverschen[4]) das Requisit der bona fides für die Klagen-Verjährung in Betracht.

Es wird nun aber weiter, bei der Anwendung der Vorschrift des canonischen Rechts über die Beschaffenheit der bona fides bei der Klagenverjährung insbesondere in der Richtung controvertirt, ob der auf Herausgabe eines Gegenstandes belangte Besitzer, welcher denselben für seine Person in gutem Glauben die ganze Verjährungszeit hindurch besaß, sich mit der Einrede der Klagenverjährung auch dann schützen könne, wenn der Gegenstand ihm von einem Universalvorgänger überkommen ist, der ihn seinerseits, wie nachträglich zu erweisen, mala fide besessen hat, oder ob ihm hierbei die mala fides des Vorgängers schade.

Letzteres wird vielfach behauptet und man beruft sich hierbei auf nicht unbedeutende Autoritäten, insbesondere auf Thibaut, welcher sowohl in seiner Schrift über Besitz und Verjährung

---

[3]) System V. §. 245.

[4]) Für diejenigen Landestheile, in denen das preußische Recht gilt, sind die §§. 568 und 569 des Allg. Land.-Rechts Th. 1. Tit. 9 maßgebend:

„Die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch wirkt die rechtliche Vermuthung, daß die ehemals entstandene Verbindlichkeit in der Zwischenzeit auf die eine oder andere Art gehoben sei.

„Diese Vermuthung kann nur durch den vollständigen Beweis, daß der andere unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit, sich der Erfüllung derselben entziehen wolle, entkräftet werden."

Ueber die nähere Bedeutung dieser Vorschrift siehe Savigny, System V. §. 246.

Digitized by Google

pag. 83, als auch in seinem System des Pand.-Rechts §. 1022 als allgemeines Requisit der Verjährung die bona fides des Verjährenden hinstellt und hiebei den Satz aufstellt, daß dem gutgläubigen successor universalis die mala fides seines Rechtsvorgängers schade. In ähnlicher Allgemeinheit stellt auch Sintenis, in seinem Civil-Recht §. 51 Note 23, diesen Satz auf.

Ob es nun die Absicht dieser Schriftsteller ist, den fraglichen Satz auch für die Klagenverjährung hinzustellen, bleibt zweifelhaft, da Thibaut, obwohl er ihm einen auf alle Verjährungsarten passenden Platz anweiset, doch später, pag. 106 seines zuerst gedachten Werks, in Betreff der Klagenverjährung das Requisit der bona fides ganz leugnet, und Sintenis (Th. I. §. 31 Note 55) ein Beispiel aufführt, welches auf die entgegengesetzte Ansicht schließen läßt.

Mögen indeß diese Schriftsteller hierüber eine Ansicht haben, welche sie wollen, mir scheint es sich nicht rechtfertigen zu lassen, die Lehre von der s. g. nothwendigen accessio possessionis im Erbfalle auch auf die Klagenverjährung zur Anwendung zu bringen.

Unter bona fides versteht man im Allgemeinen den Glauben, bei einer Thätigkeit oder während eines Zustandes in seinem Rechte zu sein, ja, wie Einige wollen, nur den Mangel des Bewußtseins, im Unrechte zu sein.[5]) Dieser Glauben ist an sich etwas lediglich von dem persönlichen Seelenzustande jedes Individui Abhängiges, und wenn man auch davon auszugehen hat, daß diejenige Person, welche einmal eine gewisse Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit eines Zustandes, in dem sie sich befindet, gewonnen hat, diese Ueberzeugung auch ferner behalten wird, bis etwa irgend ein Umstand eintritt, welcher wirklich geeignet ist, in dieser Ueberzeugung eine Aenderung hervorzubringen — so liegt an und für sich doch kein Grund vor, anzunehmen, daß ein andres Individuum, bloß weil es jene Person als deren Erbe in vermögensrechtlicher Hin-

---

[5]) Vergl. Unterholzner Verj. (2. Ausgabe) Th. I, Note 329. Savigny System III. pag. 372, welcher für gewisse Fälle sogar den auf Rechtsirrthum beruhenden guten Glauben für ausreichend hält (ibid. pag. 371 Note b.)

Digitized by Google

ficht vollständig zu repräsentiren hat, seinerseits nun auch nothwendig dieselbe, eben nur an die Person geknüpfte Ueberzeugung von der fraglichen Recht- oder Unrechtmäßigkeit haben müßte. So wenig wie in anderen Verhältnissen nach ausdrücklichen Bestimmungen der dolus des Erblassers auf den Erben vererbt, eben so wenig kann man dies von vorn herein hinsichtlich der bona oder mala fides beim Besitze annehmen. Dazu bedürfte es daher ausdrücklicher Gesetze. Allerdings hat nun zwar das Römische Recht Gesetzesstellen aufzuweisen, welche derartige Vorschriften enthalten[6]). Allein es wird daselbst die Vorschrift stets nur in ihrer Verbindung mit dem Usucapionsbesitze gegeben und bei diesem folgt sie auch nothwendig aus der Natur der Sache. Der Usucapionsbesitz setzt allemal einen gültigen Rechtstitel voraus, d. h. einen wirklichen Veräußerungsact, durch welchen der betreffende Gegenstand in das Vermögen des Usucapirenden gebracht sein würde, wenn der Veräußerer in der rechtlichen Lage gewesen wäre, einen bündigen Veräußerungsact in Betreff des Gegenstandes vorzunehmen, — er setzt daneben aber eine entschuldbare Nichtwissenschaft des Usucapirenden hinsichtlich der Mängel in der letzten Beziehung voraus. Diese Voraussetzungen können selbstredend nicht wieder gut gemacht werden durch eine spätere bona fides in der Person des gutgläubigen Universalsuccessores, der seinerseits nur den mangelhaft begonnenen Besitz fortsetzte, nicht aber durch einen in der Mitte liegenden selbstständigen Veräußerungsact oder Usucapionstitel einen neuen Usucapionsbesitz begründete. Wie sehr das Römische Recht das ganze Gewicht bei einem gültigen Usucapionsbesitz auf dessen Beginn mit einem redlichen Usucapionstitel legte, geht ja auch daraus hervor, daß es die mala fides superveniens für völlig unschäd-

---

[6]) l. 11. D. de div. temp. praescr. 44. 3. Cum heres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum (vi, vel clam) vel precario possedit. Quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Vergl §. 12 J. 2. 6; l. 4 §. 15 D. 41. 3; l. 7. §. 12 D. 7. 12; l. 3. C. 7. 30.

Digitized by Google

lich erklärte[7]), eine Vorschrift, die erst durch das canon. Recht außer Kraft gesetzt ist. Insofern schreiben also die oben erwähnten Gesetzesstellen völlig folgerecht vor, daß die bona fides des Erben die Fehler im Besitze des Erblassers nicht gut machen, veluti cum sciens alienum vel precario possedit.

Allein man darf diese Vorschriften nur nicht auf andre Fälle der bona fides, für welche sie offenbar nicht gegeben sind und auch nicht passen, bei denen es sich vielmehr lediglich darum handelt, ob der Erbe für seine Person einen überkommenen Gegenstand während der Verjährungszeit im gutem Glauben besessen hat, zur Anwendung bringen, folglich nicht aus einer für eine specielle Gattung von Fällen, bei ganz besonderen Voraussetzungen, gegebenen Vorschrift eine allgemeine Regel für die ganze Lehre der bona fides schaffen.

Immerhin läßt sich auch noch aus der geschichtlichen Entwicklung, welche dem im Cap. ult. x de praescr. aufgestellten Requisite der fortwährenden bona fides während der ganzen Verjährungszeit so weit dasselbe auf die Klagenverjährung zu beziehen ist, zum Grunde liegt, ein Argument entnehmen, welches direct darauf hinweist, daß bei der Klagenverjährung nicht nothwendig eine bona fides verlangt werden müsse, die mit dem ersten Erwerbe des Besitzes an dem Gegenstande Seitens des Präscribirenden oder seines Erblassers begonnen hat.

Nachdem nämlich im ältern canon. Rechte, namentlich in Caus. 16. qu. 3. Cap. 15, die Bestimmung des römischen Rechtes, daß es zur Klagenverjährung der bona fides nicht bedürfe, einfach wiederhohlt war, traf später Alexander III. in dem Cap. 5 x. de praescr. schon die Bestimmung, daß die Klagenverjährung dem malae fidei possessor nicht zu Statten kommen solle, jedoch mit dem Zusatze: „nisi resipuerit, postquam se aliena noverit possidere.“ Diese Vorschrift setzte also nur eine solche bona fides voraus, die nicht nothwendig zu Anfang des Besitzes vorhanden war, sondern immerhin in Anlaß eines späteren resipuere von der mala fides, die etwa

[7]) l. 2. §. 19 D. pro emt. 41. 4. Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit, alienam esse.

Vergl. auch l. 43 pr. D. de usucp. 41. 3.

Digitized by Google

früher bestanden, eingetreten sein konnte. In einem solchen Zustande der nachträglichen Erhohlung vom bösen Glauben befindet sich aber offenbar der gutgläubige Erbe in Beziehung auf einen Nachlaßgegenstand, den der Erblasser mala fide besessen hatte. Wenn nun nach Emanation einer solchen Vorschrift noch später Innocenz III, im Cap. ult. x. de praescr., die weitere Vorschrift trifft, daß während der ganzen Verjährungszeit bei allen Verjährungsarten die Abwesenheit der conscientia rei alienae vorhanden sein müsse, so kann man gewiß nicht ohne Grund den Satz vertheidigen, daß für die Klagenverjährung auch hier nur eine bona fides verlangt werde, wie sie im cap. 5 ibid. für dieselbe überhaupt nur aufgestellt worden, und nicht etwa eine bona fides, wie sie bei der usucapio sich ausgebildet hatte und sich nicht anders ausbilden konnte, so gut wie man auch das cap. ult. cit. auf Servitutenverjährung nur anwenden kann, wenn man sich hierbei ebenfalls eine andere bona fides vor Augen hält, als diejenige, welche für die usucapio vorgeschrieben ist [8]).

Ob die Vorschrift, daß der Erbe als die vitia possessionis des Erblassers fortsetzend zu betrachten sei, auch auf die außerordentliche erwerbende Verjährung, welche keinen Rechtstitel sondern nur dreißigjährigen Besitz und bona fides voraussetzt,

---

[8]) In der Inaugural Abhandlung von Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens (Erlangen bei Enke 1820) bringt der Verf. zwar auch die für die usucapio erforderte bona fides ausschließlich mit dem Besitz-Titel in Verbindung, er scheint indeß anzunehmen, daß, weil die bona fides bei der Lehre von der Usucapio ihre doctrinelle Vollendung erhalten, dieselbe auch in der ihr hier beigelegten Beschaffenheit bei den anderen Arten der Verjährung unbedingt zur Anwendung kommen müsse, mit Ausnahme der Vorschrift des canonischen Rechts über die mala fides superveniens (§§. 14, 21 und 25); dagegen kann der Verf. nicht umhin, für die Servitutenverjährung eine andere Art von bona fides zu concediren. Mir ist es zweifelhaft geblieben, ob der Verf. bei obiger Annahme an den Fall gedacht hat, wo ein Erbe den überkommenen Besitz in gutem Glauben übernimmt; keinenfalls scheint mir sein Grund stichhaltig, um die Erfordernisse der bona fides bei der usucapio auf die bona fides bei anderen Verjährungsarten, bei denen der justus titulus kein Erforderniß ist, zu extendiren.

Digitized by Google

zur Anwendung zu bringen sei, mag disputabel sein, wie denn überhaupt über die Natur dieser Verjährungsart und ihre Abweichung von der Klagenverjährung noch viel Streit ist. Diese Frage wird von denjenigen, welche für diese Verjährung, wenn auch keinen eigentlichen Usucapionstitel, doch einen, auf einer besonderen, den guten Glauben ermöglichenden Veranlassung beruhenden Anfang des Besitzes verlangen, und welche eine solche Veranlassung in dem Wechsel der Person, den der Besitz durch den Erben an sich doch hinsichtlich der conscientia possessionis erfährt, nicht antreffen wollen, sondern hiefür noch besondere Umstände voraussetzen, — nothwendig bejaht werden müssen, während sie von denjenigen, welche an diese Verjährungsart nur diejenigen Bedingungen knüpfen, welche für die Klagenverjährung aufgestellt werden, nämlich einen dreißigjährigen Besitz in der Meinung, daß man rechtmäßig besitze, in entgegengesetzter Richtung beantwortet werden muß, da an und für sich nicht abzusehen ist, warum ein Erbe, welcher im Glauben, daß sein Vorgänger die Sache auf gültige Weise erworben habe, dieselbe 30 Jahr besitzt, jene Bedingungen nicht erfüllt haben sollte. Ich lasse diese Frage aus dem Spiele und beabsichtige nicht, die vielfach ventilirte Controverse in Betreff der Unterschiede zwischen der dreißigjährigen erwerbenden und der Klagenverjährung hier von Neuem zu erörtern, sondern beschränke mich darauf, für die Klagenverjährung die Anwendung der für die usucapio völlig consequenten Vorschrift des Römischen Rechts zu bestreiten, daß der böse Glauben des Erblassers dem Erben, welcher selbst während der Verjährungszeit den von ihm eingeklagten Gegenstand bona fide besessen, präjudicirlich sei.

Man könnte ferner geneigt sein, für die entgegengesetzte Ansicht sich auf die im röm. Recht häufiger[9]) erwähnte Regel: „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest“ zu berufen. Allein diese Regel ist keine für alle Verhältnisse aufgestellte Regel, sondern kommt in den Quellen nur bei bestimmten

[9]) z. B. l. 3. §. 19, l. 19. §. 1. D. de poss. 41. 2; l. 33. D. de usucp. 41. 3.; l. 2. §. 1. D. pro herede. 41. 5.

Digitized by Google

Voraussetzungen vor[10]). Will man aber der Regel ein allgemeineres Feld anweisen, so scheint mir nur diejenige allgemeine Bedeutung gerechtfertigt, welche Schirmer (in der Gieß. Zeitschrift Bd. XI. neue Folge pag. 430) ihr giebt, danach sie nur den Satz allgemein bestätigen soll, „daß der Besitz nicht in dem bloßen Wollen seinen letzten Grund findet, sondern auch juristische Voraussetzungen hat, welche von dem individuellen Belieben unabhängig sind."

In dieser allgemeineren Bedeutung setzt die Anwendbarkeit der Regel ein Verhältniß voraus, bei dem es auf einen Besitz ankommt, der auf ein bestimmtes Ereigniß zurückgeführt werden muß, auch mag sie die bereits oben berührte Vorschrift in sich aufnehmen, daß die nämliche Person über die Rechtmäßigkeit ihres Besitzes ihren Glauben nicht soll ändern können ohne ein besondres Ereigniß, welches diese Aenderung rechtfertigen würde; — für den Fall aber, wo ein Erbe den Besitz seines Erblassers factisch fortsetzt, über dessen Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit er selbstständige Ueberzeugungsgründe nicht hat, sondern wo der Erbe nur nicht weiß, daß der Erblasser den betreffenden Gegenstand mala fide besessen, wo er aber, weil er ihn im Nachlasse fand, nicht ohne Wahrscheinlichkeitsgrund annehmen durfte, daß er Eigenthum des Erblassers gewesen, — enthält jene Regel keine zutreffende Bestimmung, während an sich die bona fides bei der Klagenverjährung etwas rein thatsächliches ist, für deren Dasein der Entstehungsgrund ganz gleichgültig sein muß. (Savigny's System III. pag. 400).

Auffallend ist es mir gewesen, daß ich über die hier erörterte Frage eingehende Ausführungen bei den Rechtslehrern nicht gefunden habe, obwohl der Gegenstand hierfür wichtig genug sein dürfte, da eine der meinigen entgegenstehende Ansicht für Klagen auf Herausgabe eines Gegenstandes in allen Fällen, wo derselbe in ältester Zeit einmal durch einen, kein Eigenthum verleihenden Akt erweislich auf einen Vorfahren des jetzigen Besitzers übergegangen ist, jede Verjährung ausschließen würde. Nur beiläufig habe ich, abgesehen von dem bereits erwähnten

---

[10]) Vergl. die Zusammenstellung der desfals. Ansichten bei Unterholzner. l. c. §. 100.

Digitized by Google

Beispiele bei Sintenis, meine Ansicht bei Kori, Theorie der Verjährung §. 64, Note 297, durch die Bemerkung vertreten gefunden, „daß der Erbe durch das Vorfinden einer Sache in der Erbmasse in bonam fidem gesetzt werden könne." Denzinger: über accessio poss., p. 135, will, so oft der Erblasser beim Erwerbe eines Objects in mala fide war, den Erben von jeder Verjährung ausschließen; dagegen soll, wenn der Erblasser beim Erwerbe b. f. war, hinterher aber in malam fidem geräth, nach Cap. 5 X. praescr. der gutgläubige Erbe die Verjährung an dem ererbten Objecte neu beginnen können. Seine Motive für diese seltsame Ansicht passen aber auch völlig auf die von mir vertheidigte Ansicht. Pfeiffer, vermischte Aufs. p. 369, scheint sich überhaupt mehr zu meiner Ansicht hinzuneigen.

Andrerseits bin ich in neuerer Zeit in der Praxis mehrfach auf Ansichten gestoßen, welche der von mir vertheidigten direct entgegenstehen und welche mich daher zu der vorstehenden kurzen Erörterung bewogen haben. Insbesondere legte sich dies in einem, vor einiger Zeit an das Oberappellationsgericht gebrachten Processe Oelkers c. v. Hinüber recht deutlich zu Tage.

In diesem Processe war der Klage auf Herausgabe gewisser Grundstücke, die einmal im v. Jahrhundert der Erblasser des Erblassers des jetzigen Beklagten, von einem Vorbesitzer des Klägers in Pacht erhalten haben sollte, die aber, abgesehen hiervon, seit fast 100 Jahren, vom Beklagten und dessen Vorfahren besessen waren, ohne daß sie dafür ein Pachtgeld entrichtet hatten, u. A. die Einrede der Klagenverjährung entgegengesetzt. Dieselbe wurde aber im Urtheile des O.-A.-G. Sen. 1. vom 19. Mai 1865, mit Rücksicht auf obiges Pachtverhältniß und der daraus für den Erblasser des Beklagten rechtlich zu construirenden mala fides, für ungültig erklärt, verbis:

„Durch diese die betreffenden Vorschriften des röm. Rechts in Ansehung der Dauer und Erfordernisse des guten Glaubens überhaupt ausdehnenden Bestimmungen (scilct. des canonischen Rechts cap. 5. 20. x. l. 26, der authentischen Entscheidung Nr. 2. vom 29. Oct. 1822 und des §. 10 des hannov. Gesetzes vom 22. Sept. 1850) haben die, die Nothwendigkeit des Vorhandenseins des guten Glaubens auf Seiten des Verjährenden bei dem Beginn der Verjährungszeit betreffenden Vor-

Digitized by Google

schriften des röm. Rechts eine Aenderung nicht erfahren. Nach diesen aber, namentlich nach §. 12 J. 2. 6; l. 11. D. 44. 3; l. 24. §. 1. D. 41. 3, mit welchen denn auch l. 7. §. 4 C. 7. 39 im Einklange steht, schließt das Vorhandensein des bösen Glaubens in dem bezeichneten Zeitpunkte die Möglichkeit einer Verjährung nicht nur für den Besitzer selbst aus, sondern dieser Mangel geht auch auf seine, persönlich selbst gutgläubigen Universalnachfolger über."

Ich glaube, oben zur Genüge gezeigt zu haben, warum es sich nicht rechtfertige, die hier allegirten Römischen Gesetze zu generalisiren und die darin lediglich für die, mit der usucapio in Verbindung stehende bona fides gegebenen Vorschriften als allgemeine Bedingungen für die bona fides anzusehen. Hier will ich zum Schluß nur noch ganz kurz darauf aufmerksam machen, daß in anderen Verhältnissen, wo die bona fides in Frage kommt, z. B. bei der Frage nach der Pflicht zum Ersatz von Früchten einer besessenen fremden Sache,[11]) sowie auch, wie bereits oben erwähnt ist, bei der Ersitzung von Servituten für die bona fides niemals die Bedingung aufgestellt wird, daß der Vorbesitzer der fraglichen Gegenstände, wenn sie durch Erbgang auf den dermaligen Inhaber übergingen, schon ebenfalls in bona fide versirte, in solchen Fällen also die für die bona fides bei der Usucapion gestellten Voraussetzungen nicht generalisirt werden, ein Argument mehr dawider, sie auf die Klagenverjährung ausdehnen zu wollen.

---

3. Sind unter den „verhandelnden Personen" der Nr. 2 des §. 27 der Notariatsordnung von 1853 auch die Bevollmächtigen der Parteien zu verstehen?

Vom Herrn Dr. j. Schnell in Hannover.

Der §. 27 der Notariatsordnung bestimmt unter den Nrn. 1 und 2:

---

[11]) In l. 4. D. §. 15 de usucp. und l. 11. D. de publ. scheinen freilich hinsichtlich der partus einer gestohlenen Sclavin andere Vorschriften Platz zu greifen; mir scheint dies aber doch mehr mit der qualitas furtiva der Sclavin im Verbindung zu stehen.

Digitized by Google

„Ein Notar ist an der Ausübung des Notariats behindert:

„1) wenn die Verhandlung ganz oder theilweise in seinem eigenen oder im Interesse eines seiner Angehörigen — vergl. Nr. 2 — erfolgt;

„2) wenn er mit einer der verhandelnden Personen in auf- oder absteigender Linie verwandt oder verschwägert, oder in der Seitenlinie bis zum vierten Grade einschließlich verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert, oder wenn eine derselben seine Ehefrau, seine Verlobte oder seine Pflegebefohlene ist."

Zuvörderst ist klar, daß die ratio legis auf die Bevollmächtigten in keiner Weise zutrifft. Man kann sich als möglich vorstellen, daß ein Notar, wenn es sich um sein oder das Interesse eines seiner nahen Angehörigen handelt, sei es, daß dieser bei der Verhandlung selbst persönlich oder vertreten mitwirkt (Nr. 2) oder nicht (Nr. 1), befangen erscheint, daß eine natürliche Vorliebe für denselben ihn die Bestimmungen zu dessen Gunsten günstiger auffassen und concipiren läßt, als da, wo es sich um das Interesse einer ihm fremden Person handelt. Wie Dasselbe aber Statt finden soll, wenn der bloße Bevollmächtigte einer ihm fremden Person, als wirklicher Partei bei der Verhandlung, einer seiner Angehörigen ist, läßt sich nur schwer absehen.

Wollte man auch die Möglichkeit eines Grades von Befangenheit zugestehen, so würde derselbe doch so gering sein, daß in solcher Befangenheit gewiß kein Nichtigkeitsgrund gefunden werden dürfte.

Daß das Gesetz nicht bezwecken kann, alle und jede möglichen Ursachen der Befangenheit eines Notars oder die Gefahr einer unrichtigen Gestaltung des Notariatsdocuments abzuschneiden, liegt auf der Hand. Viel gefährlicher, als die Verwandtschaft u. s. w. des Notars, wird häufig eine besondere Freundschaft desselben mit einer der Parteien einwirken können, und demnach gedenkt das Gesetz dieses Behinderungsgrundes nicht. Ferner könnte es auch möglicherweise gefährlich erscheinen, wenn der Schreiber des Notars ein naher Verwandter einer der Parteien ist, dennoch enthält das Gesetz darüber keine Bestimmung. Es kommt hier nur auf die hervorragenden

Digitized by Google

prägnantesten Behinderungsgründe an, die regelmäßig einen so hohen Grad der Befangenheit hervorbringen können, daß zweckmäßig Nichtigkeit Folge des Acts sein soll. Daß dazu aber nicht das Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältniß des Notars zu einem Vertreter der Partei gehört, leuchtet von selbst ein, da das Interesse des Vertreters durch solche Verhandlung nicht berührt wird.

Wenn ein solches Verhältniß des Notars zu dem Vertreter schon Nichtigkeit hervorbringen sollte, so müßte dies in analoger Weise bei einem derartigen Verhältniß zwischen dem Richter und dem Vertreter einer Partei noch weit mehr der Fall sein. Denn der Notar concipirt lediglich die Vorträge seiner Parteien, er lieset den Act denselben vor, und es steht bei ihnen, den Inhalt zu genehmigen oder nicht. Der Richter aber ist berufen zu entscheiden, und zwar auch in letzter Instanz endgültig zu entscheiden. Er setzt und bestimmt die Anwendung des Rechtes gegen den Willen der einen oder andern Partei und offenbar ist in abstracto der Willkür hiebei ein viel größeres und wichtigeres Feld eröffnet, als bei den Acten des Notars. Man müßte deßhalb unbedingt erwarten, daß, wenn das fragliche Verhältniß bei den Notariatsacten absolute Nichtigkeit erzeugen sollte, dies noch weit mehr bei der richterlichen Thätigkeit der Fall sein müßte. Die Gesetzgebung verhält sich aber in dieser Beziehung folgendermaßen. Die Strafproceßordnung behandelt im §. 32 die Ablehnungsgründe, und giebt ein Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältniß des Richters zu dem Vertheidiger, in Polizeistraffachen zu dem Vertreter, noch nicht einmal einen Ablehnungsgrund, geschweige denn einen Nichtigkeitsgrund. Der §. 21 der bürgerlichen Proceßordnung handelt von den Behinderungs- bezw. Ablehnungsgründen für die Richter, und darunter findet sich sub. Nr. 2 auch der Grund: „wenn der Richter mit dem Anwalte oder Rechtsbeistande einer der Parteien in auf- oder absteigender Linie verwandt oder verschwägert oder als Bruder verwandt ist.“ Nach §. 22 aber ist der Richter nicht einmal verpflichtet, sich selbst in einem solchem Falle abzulehnen, und nach der Nr. 4 des §. 431 der b. P.-O. erzeugt jener Umstand durchaus keinen Nichtigkeitsgrund. Er bildet also nur

Digitized by Google

einen Ablehnungsgrund für eine der Parteien. Solchen Ablehnungsgrund analog aber geltend zu machen, steht den Parteien bei Notariatsacten auch ohne gesetzliche Bestimmung jederzeit frei, und zwar durch die einfache factische Erklärung, daß sie den Notariatsact vor dem betreffenden Notar nicht aufnehmen lassen wollen.

Man könnte zu der bejahenden Ansicht obiger Frage nur gelangen, wenn man die Worte „verhandelnde Personen" in einem übertrieben buchstäblichen Sinne und nicht in dem gewöhnlichen rechtlichen Verstande auffassen wollte. Man müßte sagen: wenn ein Bevollmächtigter auftritt, so verhandelt nicht eigentlich die Partei, sondern deren Mandatar, denn dieser, nicht jene, führt bei der Verhandlung das Wort.

Man würde dabei zunächst gänzlich verkennen, daß im juristischen Sprachgebrauche diese supra-buchstäbliche Auffassung des Wortes gänzlich ausgeschlossen ist. Sowohl im streitigen als freiwilligen Rechtsverfahren sagt man nicht, daß die Verhandlung stattfinde zwischen den Bevollmächtigen X. und Y. sondern zwischen den Parteien A. und N., wenngleich diese gar nicht anwesend, sondern die Bevollmächtigten für sie erschienen sind und handeln.

Ich gebrauche absichtlich diesen Ausdruck: „handeln"; denn auch die Notariatsordnung kennt den Unterschied von „Handeln" und „Verhandeln" im juristischen Sprachgebrauche sehr wohl. Im §. 14 redet sie von „handelnden Personen" und versteht darunter offenbar die thatsächlich erschienenen Personen, also im Fall der Abwesenheit der Parteien deren Bevollmächtigte. Warum gebraucht sie diesen Ausdruck nicht auch in unserm §., wenn sie dasselbe sagen wollte?

Zu welchen irrationellen Resultaten jene buchstäbliche Interpretation führen müßte, will ich nur an 2 Beispielen der Notariats-Ordnung selbst zeigen. Nach dem eben citirten §. 14 soll der Notar sich von der Identität der „vor ihm handelnden Personen" überzeugen. Gesetzt nun, eine dem Notar völlig bekannte Partei brächte zur Notariatshandlung einen Anwalt mit, der für sie ganz allein das Wort führt, also handelt, soll sich nun der Notar auch von der Identität des Anwalts als handelnder Person überzeugen?

Digitized by Google

Nach §. 15 soll sich der Notar auch von der Dispositionsfähigkeit der „erschienenen Personen" überzeugen. Wer sind die „erschienenen Personen?" Die erschienene Partei mit ihrem erschienenen Rechtsbeistande, oder in diesem Falle die Partei allein? Und soll nur die intellectuelle Dispositionsfähigkeit des allein erschienenen Bevollmächtigten oder auch die intellectuelle und vermögensrechtliche Dispositionsfähigkeit der nicht „erschienenen" Partei geprüft werden?

Wenn nun aber ferner die „verhandelnden Personen" unseres §. im buchstäblichen Sinne zu nehmen sind, dann muß man consequenterweise auch eine anderweite Auslegung ausschließen, d. h. wenn jene buchstäbliche Auslegung richtig ist, so würde es kein Nichtigkeitsgrund sein, wenn die Partei selbst mit dem Notar verwandt, verschwägert u. s. w. ist, falls nur der verhandelnde Bevollmächtigte nicht verwandt u. s. w. ist. Oder soll man das „Verhandeln" in diesem Falle wieder in einem anderen, in einem logisch-juristischen Sinne nehmen?

Ein einziges — jedoch leicht zerstörbares — Bedenken könnte aus folgender Betrachtung entstehen. In demselben §. 27 wird unter den Nrn. 3 und 4 der „Parteien" gedacht. Obwohl nun an anderen Orten der Notariatsordnung unter der „Partei" nicht immer gerade die Partei in Person, sondern auch die vertretende Partei verstanden wird, so muß es als unzweifelhaft erscheinen, daß hier unter Partei nur die wirkliche eigentliche Partei verstanden wird, wie es unzweifelhaft auch der Fall ist bei den in der Bekanntmachung vom 4. November 1853, die Bildung der Notariatsregister betreffend, aufgestellten Rubiken: „—3) Name und Stand der „Parteien", 4) Wohnort der „Parteien" u. s. w. Man könnte nun sagen: warum spricht die Nr. 2 des §. 27 nicht auch von „Parteien" sondern gerade von „verhandelnden Personen"?

Dies Bedenken verschwindet völlig, wenn man dem §. 27. die richtige logische und historische Interpretation zu Theil werden läßt und namentlich die Entstehungsgeschichte des §. 27 in gehörige Erwägung zieht.

Der den Ständen mitgetheilte Entwurf der Notariatsordnung vom 28. Juni 1852 faßte die jetzigen Nrn. 1 und 2 des §. 27 unter folgender einziger Nummer 1 zusammen:

Digitized by Google

1) wenn er mit einer der betheiligten Personen in auf- oder absteigender Linie verwandt oder verschwägert u. s. w. (ganz wie in der Nr. 2 des §. 27).

Dieser Passus hat nicht die geringste Beanstandung in der Stände-Versammlung, weder in erster noch in zweiter Cammer, gefunden, er ist ganz unverändert in dem mit dem ständischen Erwiederungsschreiben vom 29. Juni 1853 mitgetheilten Entwurfe stehen geblieben.

Wie kam nun die Regierung bei der Schlußredaction dazu, trotzdem eine Aenderung in der Fassung jener Nr. 1 eintreten zu lassen und sie in die beiden jetzigen Nrn. 1 und 2 zu zerlegen?

Der Grund liegt klar vor. Offenbar hatte die Regierung mit den „betheiligten Personen" zwei Gruppen von, bei der Verhandlung Interessirten treffen wollen: 1) Die unmittelbar Interessirten, d. h. die Parteien oder die Personen, zwischen welchen selbst die Verhandlung vor sich geht, 2) die indirect Interessirten, welche nicht mit verhandeln, die der Verhandlung selbst fremd sind, zu deren Gunsten aber etwas bei der Verhandlung festgesetzt wird. Nachträglich bemerkte aber die Regierung, daß sie damit den eigentlich prägnantesten Fall der Betheiligung übersehen, nämlich den, wenn der Notar selbst indirect interessirt war. Sie brauchte aber deßwegen nicht noch einmal vor die Stände zu treten, da es ersichtlich war, daß, wenn der Notar schon verhindert sein sollte, falls auch nur ein Angehöriger mittelbar interessirt war, dies noch mehr der Fall sein mußte, wenn er selbst in solcher Weise betheiligt war. Dieser Fall des eigenen Interesse des Notars selbst mußte also jedenfalls noch ausgedrückt werden und da man einmal im Redigiren war, so stellte man die „betheiligten Personen" nunmehr auch der Natur gemäß in ihre 2 Gruppen auseinander:

1) die indirect Betheiligten, welche nicht mit verhandeln, (Nr. 1.)

2) die direct Betheiligten, zwischen welchen die Verhandlung vor sich geht, (Nr. 2.)

und um diesen Unterschied recht anschaulich zu machen, wählte man gerade zur Bezeichnung der 2. Gruppe, d. h. der Parteien, in der Nr. 2 den Ausdruck: „verhandelnde Personen".

Digitized by Google

Hätte die Regierung aber unter den „verhandelnden Personen" auch die Bevollmächtigten der Parteien verstehen wollen, so hätte sie offenbar ihre Redactionsbefugniß weit überschritten. Denn die Stände wollten eine Verhinderung nur bei Verwandtschaft u. s. w. mit „betheiligten" Personen eintreten lassen. Das sind aber, als unmittelbar Interessirte offenbar lediglich die wirklichen Parteien, nicht deren Bevollmächtigte.

Da nach allen diesen Ausführungen nichts nöthigt, von der gewöhnlichen logischen und historischen Bedeutung des Ausdrucks: „verhandelnde Personen" abzugehen, im Gegentheil aber die logische und historische Interpretation durchaus verbietet, unter den „verhandelnden Personen" etwas Anderes zu verstehen, als „betheiligte Personen," also die Parteien selbst, nicht etwa Bevollmächtigte, so ist es als erwiesen anzunehmen, daß die oben aufgestellte Frage zu verneinen ist.

---

4. Ueber Beleidigungen der Häupter fremder Staaten.

Vom Herrn O.-G.-R. Kerckhoff zu Osnabrück.

Der Artikel 128 in Verbindung mit Artikel 130[1] des Criminalgesetzbuchs enthält die Bestimmung: „Wenn ein Unterthan ohne staats- oder landesverrätherische Absicht eine die Staatssicherheit gefährende Handlung begeht, so ꝛc. ist er mit Arbeitshaus zu bestrafen:

„1) wenn er die Häupter fremder Staaten, deren Gesandten, oder mit öffentlichem Character bekleidete Bevollmächtigte in dieser Eigenschaft persönlich beleidigt, insofern diese Handlung nicht ein schwereres Verbrechen enthält."

Diese in der Praxis der Gerichte glücklicherweise bis dahin fast gänzlich unbekannt gebliebene gesetzliche Bestimmung wurde in neuerer Zeit wiederholt öffentlichen Klagen wegen Beleidigung der Häupter fremder Staaten, zum Theile durch die Presse, zu Grunde gelegt und in Folge dessen Veranlassung zu Entscheidungen der höchsten Gerichte des Landes, welche in den gege-

Digitized by Google

benen Fällen die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht annahmen. Dieser Umstand und eine Abhandlung im 1. Hefte des vorigen Jahrganges des hannov. Magazins Seite 50 u. ff. gaben die Veranlassung des gegenwärtigen Versuchs, die Gründe für die entgegengesetzte Ansicht hier zusammenzustellen.

Der Strafsenat des Oberappellationsgerichts nahm an, der Kreis der unter den Art. 130[1] des C.-G.-B. zu stellenden Beleidigungen gegen Häupter fremder Staaten habe durch das Erforderniß, daß sie dem Beleidigten persönlich zugefügt sein müssen, vom Gesetzgeber wesentlich beschränkt werden sollen und da eine Begriffs-Bestimmung der persönlichen Beleidigungen im Criminalgesetzbuche nirgends gegeben, so sei anzunehmen, daß dem gemeinen Sprachgebrauche gemäß durch diesen Ausdruck Beleidigungen, welche von Person zu Person, in Gegenwart des Beleidigten zugefügt sind, haben bezeichnet werden sollen. Der Cassationssenat K. Oberappellationsgerichts, in der Beschränkung der Anwendbarkeit der in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmung nicht so weit gehend, nimmt in der im Hann. Magazin Bd. VI. Seite 438 mitgetheilten Entscheidung an, das Gesetz verstehe unter Beleidigungen der Häupter fremder Staaten, welche denselben „persönlich" zugefügt worden, solche, die in einem besonders engem Zusammenhange mit der Person des Beleidigten stehen, mithin durch den Ausdruck „persönliche Beleidigung" einem auch im gewöhnlichen Leben üblichem Sprachgebrauche folgend, die eine gewisse unmittelbare Beziehung zwischen der Person des Beleidigers und derjenigen des Beleidigten voraussetzende oder herstellende Richtung der beleidigenden Aeußerung oder Handlung an den Beleidigten selbst als Requisit des hier in Frage stehenden Verbrechens habe bezeichnen wollen, ohne daß dabei jedoch, sofern nur die Beleidigung nach der Art ihrer Begehung darauf berechnet erscheint, von dem Beleidigten selbst empfunden zu werden, m. a. W. an diesen adressirt ist, gerade ein körperliches Beisammensein stets als nothwendig gedacht werden mag.

Die vorgedachte Abhandlung im 1. Hefte des vorigen Jahrganges des Magazins schließt sich mehr der restrictiveren Auffassung des Strafsenats, welche auch bereits in der Juristischen Zeitung vom Jahre 1851 Seite 81 ff. u. 97 ff. vertheidigt

Digitized by Google

wurde, an. Sie geht aber in einer anderen Richtung noch weiter und behauptet, während das Tribunal die Anwendbarkeit des Art. 130[I] von dem Antrage des Beleidigten nicht abhängig macht, daß dieselbe, wie die Injurie wider Privatpersonen nur unter den für diese im Art. 269 des C.-G.-B. statuirten Bedingungen eintrete.

Was zunächst diese letztere Fage betrifft, so dürfte hier zu erwähnen sein, daß die Anwendbarkeit der Criminalgesetze, schon vermöge ihrer Natur, als einen Theil des öffentl. Rechts ordnend, durch Anträge der Verletzten im Allgemeinen da nicht bedingt ist, wo solches nicht besonders vom Gesetze vorgeschrieben wurde. Eine solche Vorschrift besteht rücksichtlich der Ehrenkränkungen gegen Privatpersonen, sofern dieselben nicht mit Störung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe oder Ordnung, oder thatsächlich an Verwandte in aufsteigender Linie verübt wurden. Der Gesetzgeber hat damit anerkannt, daß die Verbrechen dieser Art im Allgemeinen in erster Linie nur die Rechte der Privatperson und sodann mittelbar oder doch in zweiter Linie das Gemeinwohl verletzen, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten, welche dadurch, daß die öffentliche Sicherheit, Ruhe oder Ordnung oder auch das allgemeine Sittlichkeitsgefühl gleichzeitig angegriffen wird, ein directes Interesse des Gemeinwesens für die Zurückweisung bezw. Bestrafung solcher Ueberschreitungen begründen. Nicht so hat unser Criminalgesetzbuch den Gesichtspunkt aufgefaßt, aus welchem es die Beleidigung der Häupter fremder Staaten mit Strafe bedrohet; es hat diese Rechtsverletzungen nicht unter das Capitel der Ehrenkränkungen gebracht, sondern vorzugsweise als Verbrechen wider die äußere Sicherheit des Staates hingestellt, welche schon ihrer Natur nach von Amtswegen zu bestrafen sind. Daß die Mittel zur Begehung solcher Verbrechen Beleidigungen sind, welche gegen die Häupter fremder Staaten oder deren Gesandten oder mit öffentlichem Charakter bekleidete Bevollmächtigte in dieser Eigenschaft persönlich gerichtet werden, ändert an dem eigentlichen Charakter dieser Verbrechen nichts, rechtfertigt meines Erachtens somit auch nicht ein Herüberziehen der Bestimmungen des 10. Capitels des C.-G.-B., welches von Ehrenkränkungen handelt, auf diese Verbrechens-Gattung, ohne daß der Gesetzgeber irgend welche

Digitized by Google

Andeutung, irgend welche Hinweisung für eine solche Anwendung derselben gemacht haben sollte. Ganz aus denselben Gründen, wie dieses für das hier in Frage stehende Verbrechen behauptet wird, müßte man die Anwendung der Bestimmungen des Art. 269 und auch wohl anderer Bestimmungen des 10. Capitels, z. B. Einrede der Wahrheit, Retorsion ꝛc. für Verbrechen der Beleidigung der Amtsehre (Art. 143 im 2. Capitel) vindiciren, da auch dieses Verbrechen Beleidigungen zum Gegenstande hat, da auch hier nicht besonders vorbestimmt ist, daß es ohne Antrag des Verletzten von Amtswegen zu bestrafen sei. Und doch ist wohl niemals die Strafbarkeit der Amtsehren-Beleidigungen, soweit eine peinliche Strafe indicirt ist, in Frage gezogen worden. Weßhalb das Gesetz hier einen Antrag nicht verlangt hat, wird in dem Umstande zu finden sein, daß man den Gesichtspunkt der Verletzung der Würde des Staates selbst, vor der Verletzung der Rechte des beleidigten Beamten in den Vordergrund hat treten lassen wollen. Ebenso hat man bei Beleidigungen fremder Regenten, im Sinne unserer Criminalgesetzgebung dem Gesichtspunkte der dadurch möglicher Weise eintretenden Gefährdung der Sicherheit des Staates das Uebergewicht zu gewähren beabsichtigt, vor dem Gesichtspunkte der Kränkung der Ehre des fremden Regenten und darum auch consequent von dessen Antrage die Strafbarkeit der betreffenden That nicht abhängig gemacht; wie es in gleicher Weise consequent erscheint, wenn Gesetzbücher anderer deutscher Staaten, welche die Beleidigung der Häupter fremder Staaten unter den Gesichtspunkt der Injurie bringen, den Antrag des Verletzten zur Bedingung der Anwendbarkeit des Gesetzes machten.

Uebergehend zu der weiteren Frage, in wie weit eine Beschränkung der Anwendbarkeit des Gesetzes auf die Beleidigungen der Häupter fremder Staaten durch den Ausdruck „persönlich" vom Gesetzgeber bezweckt worden, so habe ich geglaubt, daß die grammatische Interpretation auf eine solche Restriction, wie von den Urtheilen der höchsten Gerichte angenommen wurde, nicht führe. Unter dem Ausdrucke: „Person" versteht man ebenso wohl den Menschen in Rücksicht auf seine äußere Körperform, als das Individuum in Beziehung auf seine Stellung in der

Digitized by Google

menschlichen Gesellschaft, es umfaßt die ganze Individualität des Menschen, z. B. die geheiligte Person des Königs (im Art. 119 und 139 des Cr.=Ges.=Buchs). Das Adjectivum dieses Worts hat grammatisch ebenfalls eine andere Bedeutung m. E. nicht, als: die Person, das Individuum betreffend, wie z. B. im Art. 118 des C.=G.=B. die persönliche Sicherheit des Landesherrn gleichbedeutend sein dürfte mit dem Ausdrucke: die Sicherheit der Person des Landesherrn. Eben so weicht meines Dafürhaltens von dieser grammatischen Bedeutung des oft beregten Wortes der demselben durch den Sprachgebrauch beigelegte Sinn nicht ab. Der Straffenat des Kgl. Oberappellationsgerichts, wie auch einige Schriftsteller wollen, gestützt auf den Sprachgebrauch unter „persönliche" Beleidigungen nur solche verstehen, welche so zu sagen in faciem, in Gegenwart des Beleidigten, von Person zu Person zugefügt sind. Die vorangeführte Entscheidung des Cassationssenats rechtfertigt, ebenfalls sich auf den Sprachgebrach stützend, die weniger einschränkende Bedeutung und die Kronoberanwaltschaft will nach dem Sprachgebrauche durch den Ausdruck „persönlich" nur die mittelbaren und die in Rücksicht auf die Regenten=Thätigkeit und die Regierungs=Handlungen des fremden Staats=Oberhaupts erfolgten Ehrenkränkungen ausgeschlossen sehen. Es erhellet hieraus, daß mindestens der Sprachgebrauch sehr schwankend und aus demselben gegen die grammatische Bedeutung des Worts schwerlich mit einiger Sicherheit etwas hergeleitet werden kann. Ich möchte demnach dafürhalten, daß der fragliche Ausdruck nur dazu dient, den Accent auf das Persönliche, Individuelle des Beleidigten zu legen, sei es um dieses prägnant hervorzuheben, sei es um die unmittelbare Beziehung zu dem Individuum und dessen höchsteigenen Verhältnissen anzudeuten. Wie man z. B. spricht: Ich persönlich würde es gestatten, aber meine Pflichten als Vormund erlauben es nicht; die persönlichen Eigenschaften dieses Mannes sichern demselben eine bevorzugte Stellung; wenn nur Rücksichten auf mich, auf meine Person in Frage ständen; meine persönlichen Interessen u. s. w. In diesem Sinne spricht man gewiß eben so correct, wie dem Sprachgebrauche entsprechend: die von mir ausgegangene amtliche Maßregel gab dem X. Veranlassung zu dieser persönlichen Beleidigung gegen mich; so auch:

Digitized by Google

durch diese Verläumdung meiner Frau bin ich freilich nicht persönlich beleidigt, doch zur Injurien-Klage berechtigt.

Bei dieser Auslegung würde man somit den Ausdruck „persönlich" in der hier fraglichen Gesetzesstelle noch keineswegs als einen durchaus überflüssigen betrachten können; denn er weiset darauf hin, daß die Beleidigung eine die Individualität der bestimmten Person unmittelbar angreifende Ehrenkränkung sein müsse, um durch das Gesetz getroffen zu werden. Einer restrictiveren Auslegung der fraglichen Gesetzesworte tritt dazu noch das Bedenken entgegen, daß für diese ebensowohl ein bestimmterer Ausdruck hätte an der Hand gelegen, als gewählt werden müssen. Gegen die Auslegung der Entscheidung des Cassationssenats würde dazu m. E. noch hervorgehoben werden können, daß der Gesetzgeber falls er diese beabsichtigt haben sollte, eine Erläuterung des fraglichen Ausdrucks um so weniger sich hätte ersparen dürfen, als dabei überall wieder dem Zweifel und der Unsicherheit Thür und Thor geöffnet zu sein scheint, ob und wann man denn im einzelnen Falle wird annehmen können, daß die Beleidigung eine unmittelbare Beziehung zu dem dadurch angegriffenen Staatsoberhaupte habe, wann man annehmen dürfe, daß sie darauf berechnet sei, von ihm selbst empfunden zu werden. Man kann immer mit Grund fragen, ob nicht alle in Erzeugnissen der Presse begangenen Beleidigungen fremder Regenten als solche anzusehen sind, da dem Beleidiger stets der Gedanke sich aufdrängen muß, daß eine so veröffentlichte Injurie auch dem Beleidigten zu Gesichte kommen werde.[1])

Schließlich könnte hier noch erwähnt sein, daß es dem Gesetzgeber nahe gelegen haben würde, den Ausdruck „persönliche" durch den Druck hervorzuheben, wenn er demselben ein so sehr erhebliches Gewicht habe beilegen wollen.

Was sodann die besonderen Hülfsmittel zur Erforschung der Absicht des Gesetzgebers betrifft, so ist anerkannt, weder in den Regierungsmotiven zum Criminalgesetzbuche, noch in den gedruckten Beschlüssen der verschiedenen ständischen Commissionen,

---

[1]) Hier wird freilich nicht ganz außer Acht bleiben können, daß zur Zeit der Emanation des Criminalgesetzbuchs die Censur-Verhältnisse Beleidigungen durch die Presse weniger gefährlich machten.

Digitized by Google

noch auch in dem Antwortschreiben der Stände darüber ein näherer Aufschluß zu erlangen.

Auch die Vergleichung anderer Stellen desselben Gesetzbuches scheinen mir sichere Anhaltspunkte für die Auslegung nicht zu gewähren. Die im Artikel 139 und 140 des C.=G.=B. enthaltenen Ausdrücke: „die geheiligte Person des Königs, die Person des Königs" stehen im Gegensatze zu „dessen höchsteigene Regierungshandlungen" — und scheinen gleichbedeutend zu sein mit dem Ausdrucke: „den König persönlich, oder dessen höchsteigene Regierungshandlungen." Es hat nun das Gesetz an dieser Stelle die mündlich in Gegenwart des Königs erfolgten Beleidigungen besonders ausgezeichnet, und zwar mit allem Grunde, da ohne Zweifel die darin hervortretende Verletzung der Würde und Majestät des Staates viel intensiver erscheint, als bei anderen Ehrenkränkungen gleicher Art gegen den König. Nicht so verhält es sich aber, wenn der Grund der Strafbarkeit der Beleidigung in der Gefahr liegt, welche durch dieselbe der äußeren Sicherheit des Staates bereitet werden kann. In diesem Falle ist die Strafbarkeit der That, objectiv bemessen, um so größer, je größer, je näherliegender diese Gefährdung der Staatssicherheit ist. In diesem Falle kommt es in objectiver Hinsicht weniger in Betracht, ob dem Haupte eines fremden Staates die Beleidigung in dessen Gegenwart zugefügt wurde, ob dieselbe dazu bestimmt war, ihm direct in die Sinne zu kommen, oder ob die Beleidigung durch den Druck, Mauer-Anschläge, Reden in Volksversammlungen von aller Welt vernommen sind. Ein Fürst kann über eine in seiner Gegenwart ihm zugefügte Beleidigung oft leichter mit Verachtung hinweggehen, als da wo man seine Person, seine persönliche Ehre, öffentlich angreift, wo die Beleidigung den Parteizwecken dient und damit neben dem Gefühle, auch das Interesse der Unterthanen des beleidigten Staats=Oberhauptes verletzt wird. Man denke dabei Zeiten, durch wichtige politische Fragen aufgeregt, man denke sich öffentliche Verhöhnung, Beschimpfung des Nachbarfürsten in Volksversammlungen, in der Presse, durch Mauer-Anschläge, Pasquille, Carricaturen, durch alle möglichen Mittel der Verbreitung! — und der Gesetzgeber sollte geflissentlich diese gewöhnlichste und am nächsten liegende Gelegenheit der Verübung

Digitized by Google

des in Frage stehenden Verbrechens außer Acht gelassen haben, um eine Unterscheidung zu treffen, welche m. E. in dem Zwecke des Gesetzes keinen Grund findet? Ich meine, daß der Gesetzgeber, wenn er eine solche Restriction gewollt, diese mit bestimmterem Ausdrucke hätte hervorheben müssen.

Gegen die weitere Fassung des fraglichen Begriffes ist angeführt, daß eine Auslegung, wornach jede Beleidigung des Hauptes eines fremden Staates und zwar einerlei, ob der Beleidigte davon etwas erfährt, deren Bestrafung wünscht, oder nicht, als den Hannoverschen Staat gefährdend von den Gerichten desselben von Amtswegen zu bestrafen wäre, zu Consequenzen führen würde, deren legislatorische Berechtigung nicht zu begreifen sei. Ich gestehe zu, daß unser Criminalgesetzbuch vielleicht angemessen die Bestimmung enthalten würde, daß die Beleidigungen fremder Regenten und deren Gesandten und Bevollmächtigte in dieser Eigenschaft — nur auf Verlangen der Beleidigten zu bestrafen seien, da es nicht selten sowohl im öffentlichen, als im Interesse des Verletzten liegen kann, daß solche Vorgänge nicht erurirt werden. Allein dieses Argument trifft in gleichem Maße diejenigen Beleidigungen, welche nach der beschränkenderen und nach der am meisten beschränkenden Auslegung des Gesetzes jedenfalls von demselben betroffen werden. Auch bei denjenigen Beleidigungen, welche dem Haupte eines fremden Staates in dessen Gegenwart, oder durch eine Immediat-Eingabe zugefügt werden, kann der specielle Grund des Gesetzes in einzelnen Fällen nicht zutreffen, auch in diesen Fällen kann die Ignorirung der Injurie den Interessen und den Wünschen des Verletzten entsprechend sein. Da somit dieses Argument jede Auslegung trifft, so kann es gegen die eine nicht angeführt werden.

Berücksichtigt man dann noch, ohne eingehend die einzelnen Gesetzbücher vergleichen zu wollen, die Gesetzgebung der übrigen deutschen Staaten, welche das hier in Frage stehende Verbrechen theils als Verbrechen gegen den Staat, theils als Verbrechen gegen Personen behandelt, so ergiebt sich, daß nirgends (auch annähernd nicht) die Beschränkung der Strafbarkeit der Beleidigungen eines fremden Staats-Oberhauptes in dem Umfange statuirt ist, wie es nach der Auslegung des Cassationssenats in

Digitized by Google

dem Gesetzbuche für Hannover der Fall wäre. Wo eine Beschränkung ausgesprochen wurde, sind doch mindestens die öffentlich erfolgten Ehrenkränkungen nicht ausgeschlossen.

Unser Gesetzbuch würde aber den bei weitem größten Kreis aller Beleidigungen der Häupter fremder Staaten, auch bei der weniger beschränkenden Auslegung, in das Gebiet der Privat-Injurien verweisen. Vielleicht würde dabei die Frage noch in Zweifel gezogen werden, ob dieselben nach Anleitung der Nr. II. des Art. 265 des C.-G.-B. in allen Fällen peinlich zu ahnden sein würden. Wenn man bei Abfassung des Gesetzes diese Auffassung gehabt, wenn man sich bewußt gewesen, daß durch den Art. 130[I] nur ein geringer Theil der Beleidigungen fremder Regenten getroffen würde, so würde man unzweifelhaft im Capitel über Privat-Injurien diesem Umstande besondere Rechnung getragen haben. Ich meine, daß es nicht im Geiste der Zeit unseres Criminalgesetzbuchs und der bei der Gesetzgebung mitwirkenden Personen lag, die Strafbarkeit der öffentlichen Beleidigung der schmachvollsten Verunglimpfung eines allgemein geachteten deutschen Fürsten durch die Presse, wie sie zu der vorliegenden Streitfrage mit Veranlassung gab, mit der Ehrenkränkung einer Privatperson auf eine gleiche Stufe der Strafbarkeit zu stellen.

Wenn man aber, die Frage nach allen Richtungen betrachtet, annehmen muß, daß der Gesetzgeber beim Gebrauche des Ausdrucks „persönliche" im Art. 130[I] entschieden die restrictive Bedeutung des Ausdrucks nicht im Sinne gehabt, wenn man zugeben muß, daß der Sprachgebrauch keineswegs so bestimmt eine so restrictive Bedeutung dem Worte beilegt, so wird man, nach meinem unmaßgeblichen Dafürhalten, um so mehr zu der weiteren Auffassung des Begriffes gedrängt, als nur diese mit dem allgemein anerkannten Grundsatze sich vereinigen läßt, daß die öffentliche Ordnung und die Verpflichtung, welche geordnete Staaten gegen einander haben, eine angemessene Bestrafung der Beleidigungen der Oberhäupter fremder Staaten erforderlich machen. Dieser Verpflichtung, welche auch im §. 17 des Bundesbeschlusses vom 6. Juli 1854 besonderen Ausdruck erhielt, würde m. E. die Hannoversche Gesetzgebung bei der Auslegung beider Abtheilungen des Tribunals nicht genügen. Da die Kgl.

Digitized by Google

Verordnung vom 15. Januar 1855, welche diesen Bundesbeschluß publicirte, zu einer Prüfung des Criminalgesetzbuchs nothwendig Veranlassung gab, bislang aber gesetzliche Bestimmungen zur Ausfüllung dieser eventuellen Lücke, so viel man erfahren, nicht vorbereitet sind, so gewinnt es den Anschein, als wenn auch die Kgl. Regierung einer extensiveren Auslegung des in Frage stehenden Artikels sich anschloß. Die neueren Entscheidungen des höchsten Gerichts werden hiernach wohl eine Veranlassung geben, die bestehenden Zweifel im Wege der Gesetzgebung zu heben.

---

5. Ueber bürgerliche Gerichtsbarkeit in Strafsachen der Militairpersonen.

Vom Herrn O.-G.-Ass. Nordmann in Celle.

§. 1.

Formelle Lage der Gesetzgebung.

Die nachfolgenden Ausführungen haben den Zweck, im Zusammenhange einige Fragen zu besprechen, die in Betreff der Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte in Strafsachen der Militairpersonen streitig geworden sind und in Folge davon zu Differenzen zwischen bürgerlichen und militairischen Gerichten geführt haben.

Die Entscheidung dieser Streitfrage ist theilweise mit eigenthümlichen Schwierigkeiten verknüpft, die in doppelter Richtung ihren Grund in der formellen Lage der hier in Betracht kommenden Gesetzgebung haben.

Die Verhältnisse der Militairpersonen werden in unserm Lande heutzutage durch zwei verschiedene, von einander unabhängige gesetzgebende Factoren geregelt. Der Militairgesetzgeber, ohne Mitwirkung der Stände, tritt ein, wenn es sich um Verfügungen über das Heer, dessen Formation, Disciplin und Militairstrafgesetze, der bürgerliche Gesetzgeber, mit Mitwirkung der Stände-Versammlung, wenn es sich um Militairaushebungsgesetze und um bürgerliche Verhältnisse der Militairpersonen handelt (§§. 8, 117. des L.-V.-G. von 1840).

Digitized by Google

Es giebt demgemäß Gesetze, Verordnungen, Generalordres des Militairgesetzgebers; es giebt Gesetze und Verordnungen des bürgerlichen Gesetzgebers. Beide aber stimmen zuweilen nicht völlig mit einander überein, da es mit Schwierigkeiten verknüpft gewesen zu sein scheint, die Grenzen des Gebietes, auf dem jeder gesetzgebende Factor thätig werden dürfte, strenge einzuhalten und in Folge davon gelegentlich z. B. der Militairgesetzgeber sich zu einer Disposition für berechtigt hielt, wo es vielleicht nur der bürgerliche Gesetzgeber war, und dieser auch bereits und zwar anders verfügt hatte. Kam es nun zur Anwendung des Rechts vor den Gerichten, so traten widersprechende Entscheidungen hervor. Denn die Militairgerichte wandten die Gesetze und Verordnungen des Militairgesetzgebers, die bürgerlichen Gerichte vorzugsweise die der bürgerlichen Gesetzgeber an. Erstere anzuwenden oder zu berücksichtigen, waren die bürgerlichen Gerichte oft schon um deswillen gar nicht in der Lage, weil sie meistens gar nicht veröffentlicht werden.

Hinzu kommt bezüglich der hier zu untersuchenden Fragen folgender anderer Umstand.

Die Hauptbestimmungen über die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte in Rechtssachen der Soldaten wurden erst in diesem Jahrhundert und zwar zunächst durch die Verordnung, betreffend die Landwehr, vom 20. Novbr. 1816. §§. 80—84, und dann durch die an ihre Stelle tretende Verordnung über die Verpflichtung der Unterthanen zum Militairdienste vom 14. Febr. 1820 Art. 78—80 gegeben. An das letztere Gesetz schloß sich zur Ausführung seiner Bestimmungen und unter Bezugnahme auf die genannten Art. eine Verordnung vom 20. Juli 1821, durch welche die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte in Rechtssachen der Soldaten näher geregelt wurde. Schließlich ward durch das Gesetz vom 23. Febr. 1843 §. 110 jene ältere Verordnung von 1820 aufgehoben.

So ist es denn gekommen, das heutzutage über die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte vorzugsweise die Verordnung von 1821 entscheidet, gewissermaßen das Ausführungsgesetz nach Aufhebung des Gesetzes, zu dessen Ausführung es erlassen war. Dies aber muß nothwendig zu Zweifeln führen, da, wie der weitere Verlauf dieser Erörterungen zeigen wird,

Digitized by Google

die Verordnung von 1820 verschiedene Bestimmungen enthält, von denen die Ausführungsverordnung von 1821 nichts weiß. Gelten diese nun noch, oder nicht? Beides ist gelegentlich behauptet und vertheidigt worden.

Die Lage der Gesetzgebung ist hiernach natürlich keine wünschenswerthe und wird sie wahrscheinlich erst dann befriedigend werden, wenn der Unterschied zwischen einem bürgerlichen und militairischen Gesetzgeber schwindet und auch Militairstrafgesetzbücher und Strafproceßordnungen auf dieselbe Weise wie unsere sonstigen hannoverschen Gesetze gemacht werden.

Was jene aus dem bestehenden Dualismus der Gesetzgebung entstehende Schwierigkeiten anlangt, so sind für den Ausleger etwaige Widersprüche zwischen beiden Gesetzgebern nur dann lösbar, wenn dem einem derselben im Falle des Widerspruchs der Vorrang gebührt. Aus hier nicht weiter anzuführenden Gründen, nehme ich einen solchen Vorrang für den bürgerlichen Gesetzgebungs-Factor in Anspruch.

In Betreff der zweiten Frage über die Anwendbarkeit der Vorschriften der Verordnung von 1820 halte ich diejenige Ansicht für die richtige, die sich für die Anwendbarkeit derselben erklärt, so weit die Verordnung von 1821 nicht etwa abweichende Bestimmungen enthält, was nirgends der Fall ist. Für diese Ansicht scheint mir vor Allem zu sprechen, daß die Art. 78—80 der Verordnung von 1820 im §. 1 der Verordnung von 1821 angezogen und als Grundlage der weiter zu gebenden Vorschriften bezeichnet werden. Bis zum Jahre 1843 haben die genannten Art. in Verbindung mit den Bestimmungen der Verordnung von 1821 die gesetzliche Quelle für die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte gebildet und es liegt keine Andeutung darüber vor, daß in diesem Jahre durch die Aufhebung der Verordnung von 1820 Etwas hat verändert werden sollen. Die Bestimmungen der in Frage stehenden Art. waren durch die Heranziehung derselben in der gültig bleibenden Verordnung von 1821 vor der Aufhebung geschützt. Ich werde somit bei der Prüfung der einzelnen Fragen die Vorschriften der beiden Verordnungen soweit sie die Zuständigkeit der Gerichte betreffen, als ein Ganzes behandeln, ganz in derselben Weise, wie solches unbedenklich in der Zeit bis zum Jahre 1843 geschehen mußte.

Digitized by Google

Es werden außerdem namentlich berücksichtigt werden müssen:
das Militairjustiz-Reglement von 1736,
das Militairdienst-Reglement von 1736,
die Kriegsartikel von 1790,
die Landwehr-Verordnung von 1816,
das Militairstrafgesetz von 1841 und
die Verordnung von 1861 über das Verfahren der Militairgerichte in Strafsachen,
das Gesetz von 1862 über die Verpflichtung der Unterthanen zum Militairdienste. —

Von diesen Gesetzen sind zwar die 4 ersten, wenigstens soweit sie Vorschriften über die Zuständigkeit der Gerichte enthalten, nicht mehr in Gültigkeit. Es wird sich indessen zeigen, daß sie gleichwohl auch noch heutzutage für die Auslegung der gültigen Gesetzvorschriften eine gewisse Bedeutung haben, ja, daß die entstandenen Streitfragen mehr aus diesen beseitigten als aus den heutzutage geltenden Gesetzesvorschriften entschieden werden müssen.

§. 2.

Principien.

An diese Vorbemerkungen über die formelle Lage der Gesetzgebung will ich vor dem Uebergange zu den einzelnen Fragen noch einige Worte über die bei der Auslegung der Gesetze hier zu Grunde zu legenden Principien reihen.

Die Frage nach der Zuständigkeit, richtiger gesagt, Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte in Strafsachen der Militairpersonen ist zugleich die nach der Gerichtsbarkeit der Militairgerichte. — Soweit die eine reicht und in Thätigkeit tritt, wird voraussichtlich die andere ausgeschlossen sein. Wenn man nun den Umfang und die Grenzen beider, oder, wie hier, der einen derselben ermitteln will, so wird es gerathen sein, sich darüber im Voraus zu einigen, ob in Strafsachen der Militairpersonen die Gerichtsbarkeit der Militairgerichte, oder die der bürgerlichen Gerichte als Regel aufzufassen ist. Denn im Zweifel wird man sich für diejenige Gerichtsbarkeit entscheiden, die man als die regelmäßig eintretende anerkennt und gegen diejenige, die man der letzteren gegenüber nur als Ausnahme betrachtet. —

Digitized by Google

Heutzutage ist, und wohl mit Grund, ein Streben vorherrschend, die Gerichtsbarkeit der Militairgerichte zu beschränken, ja abgesehen von der Disciplinarstrafgewalt gänzlich zu beseitigen. Wer dies als berechtigt ansieht, wird, wenn es mit den gesetzlichen Vorschriften irgend wie vereinbar ist, gern das Princip aufstellen, daß die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte auch hinsichtlich der Strafsachen der Militairpersonen die Regel, die der Militairgerichte die stets zu beweisende Ausnahme bilden. Auch ich möchte gern von einem solchen Principe ausgehen. Indessen nach unsern Gesetzen ist dies kaum möglich. Nach ihnen muß man sich eher für das entgegengesetzte Princip erklären, demgemäß in Strafsachen der Militairpersonen die Gerichtsbarkeit der Militairgerichte die Präsumtion für sich hat, die der bürgerlichen Gerichte als die im einzelnen Falle nachzuweisende Ausnahme erscheint.

Im Laufe des vorigen Jahrhunderts und früher hat sich nämlich in unsern Landen, wie in den meisten Theilen Deutschlands, eine Militairgerichtsbarkeit entwickelt, die, wo es sich immer nur um eine dem Soldatenstande angehörende Person handelt, hinsichtlich dieser fast jede Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte ausschloß, die oft selbst dann nicht aufhörte, wenn die Person aus dem Militairdienste entlassen wurde und selbst Familienmitglieder und Domestiken der Militairpersonen gewissermaßen als Pertinentien der Armee ergriff. Diese Jurisdiction war auch sachlich ziemlich unbeschränkt und bezog sich auf Strafsachen, Civilsachen, auf Sachen der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit. So war bei uns in den alten Provinzen durch das Militairjustiz-Reglement von 1736 cap. II und III die gesammte Strafjustiz über Militairpersonen und der Mitglieder ihrer Familie, nicht minder ein Theil der Civiljustiz (Entscheidung über Personenklagen) den Militairgerichten übertragen und im Dienstreglement von 1786 cap. XXVIII §. 1 heißt es dann ausdrücklich:

> „Wir bestätigen hierdurch von Neuem die unsern gesammten Truppen bereits vorher zugestandene Gerichtsbarkeit mit gänzlicher Befreiung von jeder fremden in allen Personalklagen und Strafsachen."

Und nicht nur hatten die Militairpersonen einen besonderen

Digitized by Google

Gerichtsstand, sondern namentlich in Strafsachen auch ein besonderes Recht, das in s. g. Kriegsartikeln von dem Kriegsherrn redigirt zu werden pflegte. Bei uns geschah Letzteres durch die Kriegsartikel von 1736, später durch die Kriegsartikel von 1790.

So standen die Militairpersonen in Strafsachen unter einem besonderen Gesetzgeber, unter besonderem Rechte und besonderen Gerichten, unabhängig vom Rechte und Gerichte des bürgerlichen Staates.

An diesem Zustande der Dinge hat, so viel die Gerichtsbarkeit der Militairpersonen anlangt, die bereits oben erwähnte Gesetzgebung dieses Jahrhunderts, also namentlich die Verordnungen von 1820 und 1821 nur insoweit Etwas geändert, als einmal in Civilsachen der Gerichtsstand der Militärgerichte während der Friedenszeiten aufgehoben, sodann auch in Strafsachen eine früher nicht vorhandene Beschränkung eingetreten ist. Während nämlich früher die Strafsachen aller Militairpersonen und ihrer Familienangehörigen von den Militairgerichten abgeurtheilt wurden, ist diese Strafgewalt durch die genannten Verordnungen bei bestimmten auf Urlaub befindlichen Personen eingeengt und insoweit auf die bürgerlichen Gerichte übergegangen. Die hierüber gegebenen Vorschriften werden weiter unten in Betracht gezogen werden. Hier kam es mir im Allgemeinen nur darauf an, zu zeigen, daß nach der Entwickelung der militairischen Gerichtsbarkeit die letztere auch heutzutage noch bei Strafsachen der Militairpersonen als die Regel und ihr gegenüber die der bürgerlichen Gerichte als eine später hinzugetretene Ausnahme zu betrachten ist. Mit dieser Ansicht stimmt denn namentlich der Wortlaut des §. 1 der Verordnung von 1821 überein, da nach demselben die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte sich in Strafsachen „nur auf die gemeinen (nicht militairischen) Verbrechen der im elfmonatlichen Urlaub befindlichen Gemeinen von der Infanterie, welche ganz in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurückgetreten sind" erstreckt.

Abgesehen von dieser Ausnahme bleibt es daher regelmäßig bei der Zuständigkeit der Militairgerichte.

Schließlich muß noch darauf hingewiesen werden, daß der militairische Gerichtsstand ein persönlich privilegirter ist. Damit wird ausgesprochen, daß der nächste Grund desselben weni-

Digitized by Google

ger in der Natur der Rechtssachen liegt, die von den Militairgerichten abzuurtheilen sind, als vielmehr in einer besondern Eigenschaft der ihnen unterworfenen Personen. Man hielt bei der Einführung der Militairgerichtsbarkeit dafür, daß Soldaten dem Urtheile der ordentlichen Gerichte und stellenweise auch den Vorschriften des bürgerlichen Rechts entzogen und in gewissem Umfange nur von dem Urtheile und den Dispositionen ihrer Vorgesetzten bis zum höchsten Kriegsherrn hinauf abhängig sein müßten. Ohne dies glaubte man und glaubt man noch heutzutage namentlich in Strafsachen die militairische Disciplin nicht aufrecht erhalten zu können.

Ist dies richtig, so wird man, was die hier allein interessirenden Strafsachen anlangt, im Allgemeinen den Grundsatz aufstellen dürfen, daß einerseits die bürgerlichen Gerichte regelmäßig über eine einzelne Person keine Strafgewalt ausüben können, sofern und so lange dieselbe dem Soldatenstande angehört und daß andererseits den Militairgerichten eine solche Strafgewalt nur unter derselben Voraussetzung zusteht. Sobald mithin Jemand in den militairischen Stand eintritt, ist gegen ihn, wenn es sich *während der Dauer seines Militairstandes* um eine strafrechtliche Untersuchung und Bestrafung handelt, die Gerichtsbarkeit der Militairgerichte begründet. Sobald er aus dem Stande wieder ausscheidet, beginnt gegen ihn auch die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte. Von besonderer Wichtigkeit muß hiernach für die Frage nach der Zuständigkeit der bürgerlichen und militairischen Gerichte der Zeitpunkt sein, in dem eine strafbare Handlung zur Anzeige kommt, weniger der Zeitpunkt, indem sie begangen wird. Fällt jener in eine Zeit, da der Thäter dem Soldatenstande angehört, ist regelmäßig das Militairgericht zuständig und umgekehrt.

Ich hebe dabei hervor, daß heutzutage nach dem Militairaushebungsgesetze von 1862 §. 99 die Unterwerfung unter den militairischen Gerichtsstand mit dem Zeitpunkte der Beeidigung beginnt (vergl. auch §. 166 des Militairstrafgesetzes).

§. 3.

Verbrechen vor Eintritt in den Militairdienst.

Wende ich mich nunmehr zu den einzelnen einer Erörte-

Digitized by Google

rung bedürfenden Fragen, so tritt zunächst diejenige entgegen, in wie weit strafbare Handlungen, die Jemand vor Eintritt in den Militairdienst begeht, von den bürgerlichen oder Militairgerichten abzuurtheilen sind.

Selbstverständlich ist es, daß hier die bürgerlichen Gerichte und nur diese zur Untersuchung und Bestrafung berechtigt und verpflichtet sind, wenn die strafbare Handlung vor dem Eintritt des Thäters in den Militairstand zur Anzeige kommt, und, daß diese Zuständigkeit, wenn die Untersuchung eingeleitet ist, nicht dadurch beseitigt werden kann, daß der Thäter während der Untersuchung Soldat wird. Letzteres folgt aus dem Satze, daß sich die Zuständigkeit eines Gerichtes nach dem Zeitpunkte des Beginns des Processes richtet.

Aber anders liegt es, wenn das betreffende Verbrechen erst nach dem Eintritt des Thäters in den Militairstand zur Anzeige kommt. Hier scheint namentlich nach dem im vorigen §. am Schlusse aufgestellten Principe die Zuständigkeit des Militairgerichts und zwar die ausschließliche behauptet werden zu dürfen. Der Thäter ist augenblicklich Soldat, und scheint deswegen den Anspruch erheben zu können, daß die Frage, ob er ein Verbrecher sei, von den Militairgerichten untersucht werde. Der Satz: ubi coeptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet, kann hier eine Ausnahme zu Gunsten der bürgerlichen Gerichte nicht begründen. Ebensowenig reden ihr die Verordnungen von 1820 und 1821 das Wort. Was die erste Verordnung anlangt, so spricht sie in ihrem weiter unten näher zu erörternden Art. 79 eher für das Gegentheil. Denn sie erkennt wenigstens in Beziehung auf beurlaubte Soldaten das im vorigen §. aufgestellte Princip an, demgemäß es für die Bestimmung der Zuständigkeit nicht auf die Zeit ankomme, wo das Verbrechen begangen ist, sondern auf diejenige Zeit, wo die Untersuchung zu eröffnen ist. Ebenso enthält die Verordnung von 1821 in dem schon citirten Wortlaute ein wichtiges Moment gegen die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte in dem erwähnten Falle. Denn, erstreckt sich die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte in Strafsachen der Militairpersonen „nur" auf Beurlaubte, so wird man sie im vorliegenden Falle, abge-

Digitized by Google

sehen von einer nach Eintritt in den Militairdienst erfolgten Beurlaubung, bestreiten müssen. —

Indessen die Praxis ist anderer Ansicht und zwar sowohl die der bürgerlichen, als die der Militairgerichte. Wenigstens hat in einem im Jahre 1854 vorkommenden Falle das Generalkriegsgericht die Ansicht ausgesprochen, daß über Vergehen, die ein gemeiner Infanterist vor seinem Eintritt in den Militairdienst begangen, ausschließlich die bürgerlichen Gerichte zu urtheilen haben und diese Ansicht gegenüber der abweichenden Meinung eines Obergerichts vom Oberappellationsgerichte gebilligt[1]). Seitdem scheinen hier die bürgerlichen Gerichte ihre Zuständigkeit nicht mehr in Abrede genommen zu haben.

Der Hauptgrund für eine solche Zuständigkeit ist in einer Vorschrift des Dienstreglements von 1786 zu finden. Der §. 18 des cap. XXVIII sagt nämlich, „daß alle Verbrechen die ein Soldat vor seiner Anwerbung im Lande begangen, nicht vor das Regimentsgericht gehören, sondern vor die Obrigkeit des Orts, wo solche begangen worden."

Das Entscheidende dieses Grundes ist anzuerkennen, vorausgesetzt, daß es kein Bedenken hat, die genannte Vorschrift des citirten Dienstreglements als gültiges Recht anzuwenden[2]).

Dies aber möchte ich um so weniger anzweifeln, als die Verordnungen von 1820 und 1821 keine Erweiterung der nach bisherigen Rechte anzunehmenden Militairgerichtsbarkeit, sondern eine Beschränkung beabsichtigten, im Uebrigen aber, wie dies im Art. 79 der Verordnung von 1820 hervorgehoben war, die bisherigen Vorschriften über Militairgerichtsbarkeit bestehen ließen.

---

[1]) Vergl. Magazin für hannoversches Recht Bd. V. p. 318.

[2]) Inwieweit heutzutage das Militairdienstreglement von 1786 als solches in Beziehung auf die Gerichtsbarkeit noch gesetzliche Kraft hat, ist mir nicht völlig klar. Nach Ostermeyer's Militairrechtspflege ist dasselbe abgesehen von dem cap. 27—29 durch Generalordres aus dem Jahre 1825 und 1826 aufgehoben pag. VII. Nach der neuesten Verordnung über das Verfahren der Militairgerichte in Strafsachen der Militairpersonen vom 27. Novbr. 1861 §. 193 scheint es auch im Uebrigen beseitigt.

Digitized by Google

In der neuerdings erlassenen Verordnung vom 27. Novb. 1861 betreffend das Verfahren der Militairgerichte in Strafsachen findet sich außerdem der Satz: „Im Allgemeinen gilt als Regel, daß jede dem militairischen Gerichtsstande unterworfene Person wegen aller während der Dauer dieses Gerichtsstandes von ihr verübten Verbrechen und Vergehen von dem zuständigen Militairgerichte gerichtet wird.“ Auch nach diesem Satze, auf den ich nochmals zurückkommen werde, scheint wenigstens der Militairgesetzgeber, Verbrechen, die vor dem Eintritt in den Militairdienst begangen werden, regelmäßig als den Militairgerichten unterworfen nicht anzusehen.

Ob diese Regel immer beobachtet werden wird, ob nicht Ausnahmen für zulässig erklärt werden können, namentlich wenn es sich nicht um strafbarer Handlungen gemeiner Infanteristen, sondern um Vergehen der Officiere, der Unterofficiere handelt, ist bei Lage der Gesetzgebung nicht zweifellos. Es wird, wie angedeutet, Alles darauf ankommen, in wie weit man die Vorschrift des Militairdienstreglements von 1786 heutzutage für gültig und im einzelnen Falle anwendbar hält.

§. 4.

Die der bürgerlichen Gerichtsbarkeit unterworfenen Beurlaubten.

Ich wende mich zu denjenigen strafbaren Handlungen, deren Begehung in eine Zeit fällt, da der Thäter bereits in den Militairdienst eingetreten war.

Da die Strafgewalt der Militairgerichte hinsichtlich der Vergehen der Soldaten die Regel bildet, so wird sich die Untersuchung darauf beschränken, diejenigen Fälle zu ermitteln und genauer festzustellen, in denen der Soldat ausnahmsweise der Strafgewalt der bürgerlichen Gerichte unterworfen ist.

Die Verordnung von 1820 Art. 79 sagt:

„Die Untersuchung und Bestrafung der gemeinen (nicht militairischen) Verbrechen und Vergehen, welche von Militairpersonen begangen werden, gehört

„1. ꝛc.

„2. für die bürgerlichen Gerichte über alle und jede im Zustande des Urlaubs befindlichen Mannschaften der In-

Digitized by Google

fanterie, wobei es nicht auf die Zeit ankommt, zu welcher das Verbrechen begangen worden ist, sondern vielmehr darauf, ob der Inculpat zu der Zeit, wo das bürgerliche Gericht die Untersuchung gegen denselben durch seine Citation oder Verhaftung eröffnet, im Zustande des Urlaubs sich befindet."

Ferner kommt in Betracht, §. 1 der Verordnung von 1821 wo es heißt:

„Nach den in der Verordnung vom 14. Juli 1820 Art. 77—80 erlassenen Vorschriften erstreckt sich die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte Militairpersonen:

1. In Civilsachen — — —

2. in Strafsachen nur auf die gemeinen (nicht militairischen) Vergehen und Verbrechen der im elfmonatlichen Urlaub befindlichen Gemeinen der Infanterie (Art. 80 der gedachten Verordnung), welche ganz in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurückgetreten sind."

Dies sind die gesetzlichen Vorschriften, durch die eine Strafgewalt der bürgerlichen Gerichte über Militairpersonen begründet wurde, und, im Grunde genommen, die einzigen, die auch noch heutzutage über die Jurisdiction der bürgerlichen Gerichte entscheiden. Denn es kann behauptet werden: kein neueres Gesetz ist seitdem erlassen, das, die hervorgehobenen Vorschriften beseitigend oder verändernd, die Strafgewalt der bürgerlichen Gerichte direct ausgedehnt oder beschränkt hätte. Gleichwohl wird sich zeigen, daß unter dem Einflusse von Gesetzen die über die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte in Strafsachen der Militairpersonen gar keine Vorschriften enthalten, wohl aber neue Principien über die Beurlaubung der Soldaten aufstellen oder Veränderungen des Militairstrafrechts enthalten, auf der einen Seite eine Ausdehnung der bürgerlichen Gerichtsbarkeit, auf der andern Seite eine Beschränkung derselben vielfach behauptet wird. Die Ausdehnung soll insofern eingetreten sein, als heutzutage auch noch andere Beurlaubte, als die in den genannten Verordnungen erwähnten, den bürgerlichen Gerichten unterworfen, die Beschränkung darin bestehen, daß gewisse nach den genannten Verordnungen von den bürgerlichen Gerichten zu strafende Handlungen der Beurlaubten nunmehr den Militairge-

Digitized by Google

richten zur Bestrafung überwiesen seien. Ich schicke hier gleich voraus, daß ich die Ausdehnung rücksichtlich der Personen für eine in den Gesetzen begründete halte, die Einschränkung in Betreff der Vergehen aber aus den Gesetzen nicht herzuleiten vermag.

Zur Untersuchung der in Anlaß der Verordnung von 1820 und 1821 streitig gewordenen Punkte, wird sich die Aufstellung folgender 3 Fragen empfehlen:

1) welche beurlaubten Militairpersonen heutzutage der Strafgewalt der bürgerlichen Gerichte unterworfen sind, ob nur die in den Verordnungen von 1820 und 1821 genannten, auf elfmonatlichem Urlaub befindlichen Gemeinen der Infanterie, oder auch sonstige auf Urlaub befindliche Militairpersonen?
2) ob nur diejenigen strafbaren Handlungen, die der Beurlaubte während des Urlaubs begeht, vor den bürgerlichen Gerichten untersucht und bestraft werden können, oder auch solche, die während des activen Dienstes begangen aber derzeitig, weil nicht zur Anzeige gebracht, oder aus andern Gründen, bei den Militairgerichten keine Untersuchung veranlaßt haben?
3) welche Vergehen oder Verbrechen im Sinne der Verordnungen von 1820 und 1821 gemeine, welche im Gegensatze dazu militairische genannt werden müssen?

Mit der ersten dieser Fragen wird sich der jetzige §., mit den andern die folgenden (§§. 5, 6 und 7) beschäftigen.

Nach der Verordnung von 1820, die eine 6jährige Dienstzeit der Militairpflichtigen vorschreibt, existiren allgemeine Vorschriften über Beurlaubungen nur für die Gemeinen der Infanterie. Letztere werden nach Ablauf ihres ersten Dienstjahrs ohne Sold beurlaubt, so daß sie von nun an, abgesehen von einer jährlich vierwöchentlichen Exercierzeit, nicht im activen Dienste, sondern im s. g. elfmonatlichen Urlaub sich befinden. Von solchen beurlaubten gemeinen Infanteristen heißt es in der Verordnung, daß sie während des Urlaubs „ganz in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurücktreten" und ihre gemeinen Verbrechen von den bürgerlichen Gerichten zu strafen sind.

In diesen Vorschriften über Beurlaubung sind aber im

Digitized by Google

Laufe der Zeit verschiedene Veränderungen eingetreten. Solches geschah zunächst durch eine Verordnung vom 26. März 1834, betreffend die Einstellung von Militairpflichtigen in das Ingenieurcorps, die Artillerie und die Cavallerie. Nach dieser sollten auch die in die genannten 3 Waffengattungen eingestellten Gemeinen soldlos beurlaubt werden und zwar die Cavalleristen nach Ablauf der ersten 3 Jahre für die ganze übrige Dienstzeit, die übrigen nach Ablauf der ersten 13 Monate auf jährlich 11 Monate. Dabei ward bestimmt, daß die ohne Sold Beurlaubten auch dieser Waffengattungen während der Urlaubszeit ganz in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurücktreten und in dieser Hinsicht den ohne Sold beurlaubten Soldaten der Infanterie völlig gleich zu achten seien. Neue Veränderungen traten ein mit dem Gesetze vom 23. Febr. 1843. Die Dienstzeit der Militairpflichtigen beträgt nach diesem 7 Jahre. Nach Ablauf „der ersten Dienstzeit" — Die Verordnung von von 1820 sagt: „Dienstjahr" — werden in Gemäßheit des §. 66 „sämmtliche in der Infanterie dienende Mannschaften außer der gewöhnlichen monatlichen Exercierzeit auf 11 Monat ohne Sold beurlaubt und treten während dieser Zeit in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurück." Die genannte Verordnung von 1834 mit ihrer Vorschrift über die Beurlaubungen der Mannschaften des Ingenieurcorps, der Artillerie und der Cavallerie wird durch das Gesetz aufgehoben. Hieran schließt sich endlich das neueste Gesetz über die Militairpflicht der Unterthanen vom 16. Juli 1862. Es bestimmt §. 80: „Die in der Infanterie dienenden Militairpflichtigen sollen nach der ersten ordentlichen Dienstzeit ohne Sold beurlaubt, und nachher zu weiterer Uebung auf kurze Zeit im Jahre einberufen werden.

„In der Regel wird die Mannschaft in solcher Weise, so lange die Bestimmungen der Bundeskriegsverfassung nicht eine längere Präsenz verlangen, während der gesetzlichen Dienstzeit (von 7 Jahren) im Ganzen nicht über 2 Jahre bei der Fahne zu dienen haben.

„Die Länge der bei der Fahne abzuhaltenden Dienstzeit und die Vertheilung derselben auf die Dienstjahre bez. der Beurlaubung ohne Sold, wird für die in andern Waffengattungen eingestellte Mannschaft nach der größeren oder geringeren

Digitized by Google

Schwierigkeit der Erlernung des Dienstes und nach den sonst zu nehmenden Rücksichten bemessen[3])."

Ueber den Einfluß dieser verschiedenen sich einander ablösenden Vorschriften über Beurlaubung der Soldaten auf die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte ist bis auf die neueste Zeit viel Streit gewesen zwischen bürgerlichen und Militairgerichten.

Man scheint zunächst darüber einverstanden gewesen zu sein, daß mit dem Erlassen der Verordnung von 1834 die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte eine Ausdehnung erhielt und sich fortan auch auf die soldlos Beurlaubten der in dieser Verordnung genannten Waffengattungen erstreckte.

Es begann aber der Streit, als durch das Gesetz von 1843 die Verordnung von 1834 aufgehoben war.

Seitdem machten die bürgerlichen Gerichte vorzugsweise die Ansicht geltend, daß ihre Zuständigkeit sich lediglich auf die in den Verordnungen von 1820 und 1821 genannten beurlaubten gemeinen Infanteristen beschränke, die Beurlaubten aller übrigen Waffengattungen aber den Militairgerichten unterworfen seien. Dagegen behaupteten die Militairgerichte, daß sich die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte auch auf Beurlaubte des Ingenieurcorps, der Artillerie und des inzwischen ins Leben getretenen Traincorps erstrecke. Letztere suchten ihre Ansicht vorzugsweise auf die Verordnung von 1834, der zufolge die soldlos Beurlaubten des Ingeniercorps und der Artillerie (man muß hinzufügen auch der Cavallerie) den soldlos Beurlaubten grundsätzlich gleichgestellt und *somit* auch der Strafgewalt der bürgerlichen Gerichte unterworfen waren. Sie nahmen an, daß

---

[3]) Bei Vergleichung der im Texte erwähnten Gesetze ergiebt sich über die s. g. Präsenzzeit der *Militairpflichtigen* Folgendes: Sie beträgt nach der Verordnung von 1820 für die Infanteristen 1 Jahr 5 Monate, nach dem Gesetze von 1862 „in der Regel" 2 Jahre; für eingestellte Cavalleristen nach der Verordnung von 1834 3 Jahr, für Eingestellte der *Artillerie* und des Ingenieurcorps 1 Jahr 5 oder 6 Monate, dagegen ist sie für alle dieser letzgenannten Waffengattungen nach dem Gesetze von 1862 nicht mehr fixirt. Sie richtet sich nach der Schwierigkeit des Dienstes und sonst zu nehmenden Rücksichten.

Digitized by Google

dieser Grundsatz Rechtens geblieben, obwohl die Verordnung von 1834 aufgehoben sei. Die bürgerlichen Gerichte andererseits beriefen sich für ihre Ansicht darauf, daß, wenn auch die Verordnung von 1834 jenen Grundsatz aufstelle und daraus eine Ausdehnung der bürgerlichen Gerichtsbarkeit zu entnehmen, doch eben jene Verordnung mitsammt dem Grundsatze durch das Gesetz von 1843 aufgehoben sei.

Niemand wollte sich von der Unrichtigkeit seiner eigenen Meinung überzeugen. Um indessen die soldlos beurlaubten Nichtinfanteristen nicht ähnlich jenen Heimathlosen zu behandeln, zu deren Uebernahme sich kein Staat finden will — denn dies würde ihnen ein Privilegium, straflos Verbrechen zu begehen, gegeben haben — wurden zwei Generalordres an die Militairbehörden vom 22. Novbr. 1854 und 18. October 1861 erlassen. In denselben ward „zu einstweiliger Beseitigung von Zweifeln bestimmt, daß bis auf Weiteres auch die ohne Sold beurlaubten Soldaten des Ingenieur- und Traincorps und der Artillerie-Brigade rücksichtlich aller ihrer Vergehen den Militairgerichten unterworfen bleiben sollten. Im Uebrigen behielt man sich Seitens der Militairbehörden vor, darauf hinzuwirken, „daß die Unterwerfung der Beurlaubung aller Waffengattungen unter die bürgerlichen Gerichte in nicht militairischen Strafsachen ausdrücklich durch ein Gesetz ausgesprochen werde."

So lag die Sache bis zu dem mitgetheilten neuesten Militairaushebungsgesetze von 1862. Diesem Gesetze war es sicher ein Leichtes, die Controverse für die Zukunft abzuschneiden und lag es ihm nahe, dasjenige zu bestimmen, was die Militairbehörden schon nach den bisherigen Gesetzen als Recht anerkannten. Zu diesem Zwecke bedurfte es nur der kurzen Bestimmung, daß die soldlos Beurlaubten aller Waffengattungen rücksichtlich aller ihrer gemeinen Verbrechen den bürgerliche Gerichten unterworfen sind. Aber leider enthält das Gesetz einen solchen ausdrücklichen Ausspruch nicht. Abgesehen von den oben citirten Vorschriften über Beurlaubungen enthält statt dessen der §. 100 folgenden Satz:

„Bei der Beurlaubung ohne Sold treten die Militairs aller Waffen für die Dauer derselben in ihre gewöhnlichen bürgerlichen Verhältnisse zurück, unbeschadet jedoch ihrer Un-

Digitized by Google

terwerfung unter die Militairgerichte, soweit deren Zuständigkeit gegen Beurlaubte oder Militairs gesetzlich eintritt."

Das ist der §., der nach obiger Darstellung zweifellos dazu bestimmt war, die Controverse zu lösen. Es scheint mir aber, als wenn er es auf eine ungeschickte Weise gethan hat. Die bürgerlichen Gerichte, die bisher ihre Zuständigkeit nur in Betreff der soldlos-beurlaubten gemeinen Infanteristen als in dem Gesetze begründet annahmen, werden fragen, ob das Gesetz diese ihre Zuständigkeit ausgedehnt habe, und werden mit großem Anscheine die Frage verneinen können, da nach dem §. 100, wenn gleich ihm zu Folge die soldlos Beurlaubten aller Waffengattungen im Allgemeinen in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurücktreten, doch ausdrücklich die Unterwerfung derselben unter die Militairgerichte, sowie sie bisher gesetzlich eintrat, vorbehalten ist. Ueber die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte scheint also nichts Neues bestimmt, im Gegentheil ausdrücklich auf die bestehende Gesetzgebung verwiesen zu sein. — Aehnliche Ansichten sind auch bereits in der Praxis seit dem Erlasse des Gesetzes von 1862 aufgetaucht.

Muß hiernach die Auslegung über die Frage entscheiden, so nehme ich allerdings keinen Anstand, mich gegen die letzterwähnten Ansichten dahin zu entscheiden, daß seit dem Gesetze von 1862 die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte sich auf die soldlos Beurlaubten aller Waffengattungen erstreckt.

Ich sehe diese Ausdehnung der bürgerlichen Gerichtsbarkeit als eine von dem Gesetze gewollte Consequenz des Grundsatzes an, daß heutzutage die soldlos Beurlaubten aller Waffengattungen während der Dauer ihres Urlaubs in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurücktreten. Freiblich folgt nicht unbedingt aus diesem Grundsatze, daß die soldlos Beurlaubten den bürgerlichen Gerichten unterworfen sind. Denn einerseits läßt sich eine Rückkehr der Beurlaubten in ihre bürgerlichen Verhältnisse sehr wohl unter dem Vorbehalte der militairischen Gerichtsbarkeit denken, andererseits sagt der zunächst über die Zuständigkeit entscheidende §. 1 der Verordnung von 1821 überall nicht, daß alle Soldaten, die während des Urlaubs in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurücktreten, den bürgerlichen Gerichten unterworfen

Digitized by Google

sein sollen, sondern er ordnet dies nur rücksichtlich der Gemeinen der Infanterie an.

Aber durchschlagend scheint mir doch Folgendes:

Nicht der Wortlaut des genannten §. 1 der Verordnung allein, sondern sein vernünftiger aus dem Zusammenhange mit der Verordnung von 1820 zu entnehmender Sinn entscheidet. Berücksichtige ich diesen Zusammenhang, so erkenne ich als die wahre Disposition des Gesetzes den Satz:

> daß die Militairpersonen, sofern sie während ihres Urlaubs nach den Gesetzen in die bürgerlichen Verhältnisse zurückkehren, in Betreff ihrer gemeinen Verbrechen von dem bürgerlichen Gerichte beurtheilt werden sollen.

Nur um deswillen, weil nach damaliger Gesetzgebung allein die auf elfmonatlichem Urlaube befindlichen Gemeinen der Infanterie während des Urlaubs in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurücktraten, werden diese allein in den Verordnungen von 1820 und 1821 aufgeführt. Es gab keine andere Militairpersonen, die während ihrer Dienstjahre zeitweise in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurückkehrten. Nur, weil ihr Urlaub damals gesetzlich jährlich elf Monate betrug, wird auch von elfmonatlichem Urlaub gesprochen. Es gab nur einen gesetzlichen elfmonatlichen Urlaub. So die Verordnung von 1820 und 1821 verstanden, erscheint es nunmehr als nothwendige Folge, daß die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte an Umfang gewinnen mußte, wenn in den Gesetzen die zeitweise Rückkehr beurlaubter Soldaten anderer Waffengattungen in bürgerliche Verhältnisse während eines soldlosen Urlaubes grundsätzlich festgestellt wurde, und daß sie stets für die Dauer des Urlaubs in Kraft trat, es mochte nun derselbe elf Monate betragen, oder mehr oder weniger.

Jenen Grundsatz enthält zweifellos das Gesetz von 1862 und somit die Ausdehnung der Gerichtsbarkeit auf die Beurlaubten sämmtlicher Waffengattungen. Aus dem, was oben über den Zustand von 1862 mitgetheilt worden, muß man entnehmen, daß die Gesetzgebung diese Ausdehnung durch Aufstellung jenes Grundsatzes beabsichtigte. Jener im §. 100 ausgesprochene Vorbehalt wird so aufzufassen sein, daß er die Unterwerfung der Beurlaubten unter die Militairgerichte insoweit aufrecht erhalten will, als sie bisher bei den soldlos Beurlaubten Gemeinen der

Digitized by Google

Infanterie Rechtens gewesen ist, also in Beziehung auf Militairvergehen.

In diesem Sinne legt auch das Kriegsministerium den §. 100 aus, wie aus der Ausführungsverordnung zum Gesetze hervorgeht. Im §. 86 dieser Verordnung wird nämlich gelegentlich ausgesprochen, daß für nicht militairische Untersuchungssachen gegen Beurlaubte ohne Sold des Ingenieurcorps, der Artillerie und des Traincorps[4]) nach §. 100 des Gesetzes die bürgerlichen Gerichte zuständig seien und wird sogar angeordnet, daß die bei den Militairgerichten am 1. Sept. 1862 anhängigen Untersuchungssachen, in sofern darin noch kein Kriegsrecht gehalten oder doch noch kein Erkenntniß abgegeben, von den Militairgerichten an die bürgerlichen Gerichte abgegeben werden sollen. Dem Kriegsministerium ist es also zweifellos nicht nur, daß nach dem besprochenen §. 100 die Ausdehnung der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte für die Zukunft eingetreten sei, sondern sogar, daß die bürgerlichen Gerichte zuständig seien, die schon bei den Militairgerichten anhängigen Sachen weiter zu führen.

Es kann endlich noch bemerkt werden, daß die Kronoberanwaltschaft im Einverständnisse mit dem Generalkriegsgerichte sich in einem erlassenen General-Rescripte vom 2. Mai 1863[5]) ebenfalls für die hier vertretene Ansicht ausgesprochen hat.

Da nach der gegebenen Ausführung heutzutage die soldlos Beurlaubten aller Waffengattungen unter bürgerlicher Gerichts-

[4]) Wenn Cavalleristen in der Ausführungsverordnung nicht erwähnt werden, und auch in der Zeit vor 1862 für sie stets die Gerichtsbarkeit der Militairgerichte in Anspruch genommen ist, so scheint dies darin seinen Grund zu haben, daß bisher thatsächlich die Cavallerie nicht, wie es gesetzlich möglich, durch Einstellung auf Grund der Militairpflicht, sondern durch Werbung completirt wurde und für Geworbene kein gesetzlicher Urlaub bestand. Soweit im Laufe der Zeit auf Militairpflichtige gegriffen wird, versteht es sich meines Erachtens von selbst, daß auch die Cavalleristen während des soldlosen Urlaubs unter den bürgerlichen Gerichten stehen. Es darf dies besonders hervorgehoben werden, damit nicht die Controverse demnächst bei den auf soldlosem Urlaub befindlichen eingestellten Cavalleristen wieder aufwacht.

[5]) Abgedruckt unter Nr. 100 der von der Kgl. Kronoberanwaltschaft mitgetheilten bemerkenswerthen Entscheidungen.

Digitized by Google

barkeit stehen, so wird dies auch von ihren Familien-Mitgliedern gesagt werden müssen. Auch scheint mir die Vorschrift des §. 12 der Verordnung von 1821, wonach die Familie eines Gemeinen der Infanterie, welche demselben nicht an seinen Garnisonort folgt, ganz den bürgerlichen Gerichten untergeben bleibt, heutzutage für die Familie der militairpflichtigen Gemeinen aller Waffengatten gelten zu sollen.

§. 5

Verübung des Verbrechens während des Urlaubs und während des activen Dienstes.

Es soll weiter geprüft werden, ob nur diejenigen Handlungen, die der Beurlaubte während des Urlaubs begeht, von den bürgerlichen Gerichten untersucht und bestraft werden können, oder auch zu andern Zeiten verübte strafbare Handlungen.

Rücksichtlich der vor Eintritt in den Militairdienst begangenen Verbrechen bedarf diese Frage keiner Beantwortung mehr (vergl. §. 3). Auch im Uebrigen war zur Erhebung derselben keine Veranlassung in der Zeit als die Landwehrordnung von 1816 galt, also für die Jahre von 1816—1820. Denn in dieser Verordnung war sie ausdrücklich beantwortet. Nach §. 84 der Landwehrordnung gehören alle gemeinen Verbrechen, imgleichen alle polizeilichen Vergehen welche von dem Landwehrmanne während der Urlaubszeit begangen werden, lediglich zur Cognition der competenten bürgerlichen Gerichte, nach §. 81 „alle Vergehungen und Verbrechen, welche von dem Landwehrmanne zu einer Zeit begangen werden, in welcher er als im activen Dienste befindlich zu betrachten ist, ohne Unterschied — jederzeit vor das Militairgericht und werden nach den Kriegsartikeln bestraft."

Inhalts dieser Bestimmungen war das bürgerliche Gericht auf die Untersuchung der während des Urlaubs begangenen Verbrechen beschränkt und schwerlich zuständig, Verbrechen zu untersuchen, die in die Zeit des activen Dienstes fielen, aber derzeitig nicht zur Untersuchung gekommen waren.

Anders und unklarer wurde aber die Sache durch die Verordnungen von 1820 und 1821.

Digitized by Google

In den Verordnungen von 1820 Art. 79 ist bestimmt, daß es in Betreff der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte zur Bestrafung der gemeinen Vergehen der Beurlaubten „nicht darauf ankommen soll, zu welcher Zeit das Verbrechen begangen ist, sondern darauf, ob der Inculpat zur Zeit, wo das bürgerliche Gericht die Untersuchung gegen denselben eröffnet, im Zustande des Urlaubs sich befindet.“ Die Verordnung von 1821 dagegen spricht unter Bezugnahme auf den Art. 79 einfach, ohne auf die Zeitfrage einzugehen, von einer Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte rücksichtlich der gemeinen Vergehen der im 11monatlichen Urlaub befindlichen Gemeinen von der Infanterie.

Nach der im §. 1 gegebenen Ausführung muß ich die citirte Bestimmung des Art. 79. als geltendes Recht ansehen und wird es sich deswegen um ihre Bedeutung handeln.

Sie läßt sich dahin verstehen, daß sie die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte in Betreff der Beurlaubten an die besondere Voraussetzung knüpft, daß sich der Beurlaubte zur Zeit, wo die Untersuchung gegen ihn eröffnet wird (besser: die Eröffnung der Untersuchung in Frage steht), auf Urlaub befindet. So würde sie über unsere Frage, ob außerdem das Verbrechen während des Urlaubs begangen sein muß, keine Entscheidung enthalten. Diese Frage könnte in Anschluß an die in der Landwehrordnung aufgestellten Bestimmungen sehr wohl bejaht werden.

Ich fasse die Bestimmung anders auf, nämlich dahin, daß fortan die bürgerlichen Gerichte immer zuständig sein sollen, gemeine Verbrechen, einerlei ob sie während des Urlaubs oder während des activen Dienstes begangen sind, zu untersuchen, wenn nur zur Zeit, wo die Untersuchung zu eröffnen ist, der Thäter sich auf Urlaub befindet.

Der Art. 79 sagt zu deutlich, daß es nicht auf die Zeit der Verübung des Verbrechens ankommen solle, als daß es thunlich wäre, die Verübung des Verbrechens während der Urlaubszeit fortan noch als eine Bedingung der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte anzusehen.

Unbedingt spricht ferner ein landesherrliches Rescript vom 29. April 1829 für die Richtigkeit dieser Auslegung. Durch

Digitized by Google

dies Rescript ward die Gerichtsbarkeit über die Sträflinge der Karrenanstalten mit Einschluß der dem Soldatenstande angehörigen den bürgerlichen Gerichten übertragen. Man nahm an, daß die Soldaten in den Karrenanstalten, auch wenn sie von den Militairgerichten verurtheilt waren, „nicht als im activen Dienste befindlich, sondern in ihre bürgerlichen Verhältnisse einstweilen zurückgekehrt" zu betrachten seien, und hieß es weiter im Reskripte:

„Auch die vor der Strafzeit begangenen, erst während derselben entdeckten gemeinen Verbrechen solcher Karrengefangenen des Militairstandes gehören vor die bürgerlichen Gerichte. Es gelangt hier daher zur analogen Anwendung die Verordnung vom 14. Juli 1820 §. 79 Nr. 2, wonach es zur Begründung der Competenz der bürgerlichen Gerichte bei Verbrechen der im Zustande des Urlaubs befindlichen Infanteristen allein auf die Zeit der angehobenen Untersuchung, nicht auf die der begangenen Missethat ankommt."

Bestimmter läßt sich nicht aussprechen, daß die Begehung des Verbrechens während der Urlaubszeit nicht Bedingung der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte sei.

Zweifel gegen die Richtigkeit dieser Ansicht scheinen nur unter der Voraussetzung erhoben werden zu können, daß man überall die Vorschriften der Verordnung von 1820, auf denen sie basirt, nicht mehr für anwendbar hält. Letzteres ist allerdings eine vielfach und namentlich bei den Militairbehörden geltend gemachte Annahme.

Ueber die angeregte Frage ist auch der §. 6 der im Jahre 1861 erlassenen Strafproceßordnung für die Militairgerichte zu vergleichen, der als Regel aufstellt, „daß jede dem militairischen Gerichtsstande unterworfene Person wegen aller während der Dauer dieses Gerichtsstandes von ihr verübten Verbrechen und Vergehen von dem zuständigen Militairgerichte gerichtet wird" und somit anscheinend jede Zuständigkeit des bürgerlichen Gerichts wegen der während des activen Dienstes verübten Vergehen der Militairpersonen ausschließen will. Indessen ist dabei Folgendes in Erwägung zu ziehen. Einmal enthält der citirte §. 6 nur eine Regelvorschrift, die neben sich sehr wohl Ausnahmen zuläßt, wie dies z. B. zweifellos ist, hinsichtlich ge-

Digitized by Google

meiner, während der Dauer des militairischen Gerichtsstandes begangener, aber erst nach der Entlassung aus dem Militairstande entdeckter Vergehen (vergl. unten §. 8). Sodann sind Aeußerungen des Militairgesetzgebers über den Umfang der Gerichtsbarkeit der Militairgerichte nicht ohne Weiteres geeignet, den Umfang der bürgerlichen Gerichtsbarkeit zu verändern, sei es nun auszudehnen, sei es zu beschränken und deswegen auch von den bürgerlichen Gerichten nicht unbedingt anzuwenden. Letztere werden den Bereich ihrer Gerichtsbarkeit vorwiegend aus den für sie erlassenen Gesetzen und Verordnungen zu entnehmen haben.

Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage, wie sie gegenüber den letzten Einwendungen aufrecht erhalten werden soll, führt mich zu einigen Schlußbemerkungen über die Zuständigkeit der Militairgerichte.

Wenn die bürgerlichen Gerichte alle Verbrechen der Soldaten untersuchen und bestrafen dürfen, vorausgesetzt, daß sie die Untersuchung nur zur Zeit des Urlaubs einleiten, so liegt die Frage nahe, ob es sich nicht ähnlich bei den Militairgerichten verhält, ob diese also alle von Militairpersonen begangenen Verbrechen, unbekümmert um die Zeit ihrer Begehung abzuurtheilen berechtigt sind, vorausgesetzt, daß sie nur die Untersuchung gegen die Militairperson während des activen Dienstes eröffnen.

Die Verbrechen, vor Eintritt in den Militairstand verübt, können auch hier ausgeschieden werden, da hinsichtlich ihrer eine ausschließliche Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte aus der Entwickelungsgeschichte der militairischen Gerichtsbarkeit abzuleiten ist. (§. 3).

Was dagegen Verbrechen anlangt, begangen während des activen Dienstes oder während der Urlaubszeit, so ist die Beantwortung der Frage eine sehr unsichere. Ich meine, es ist nach dem Zustande unserer Gesetzgebung unklar, ob wegen der während des activen Dienstes begangenen strafbaren Handlungen während der Beurlaubung und wegen der während des Urlaubs oder vorher verübten Vergehen nach der Rückkehr des Thäters in den activen

Digitized by Google

Dienst von den Militairgerichten eine Untersuchung eröffnet werden kann.

Es läßt sich vielleicht folgende Antwort geben. Wenn ein Soldat während des activen Dienstes ein gemeines Verbrechen begeht, so muß er deswegen so lange er im activen Dienste steht, von dem Militairgerichte zur Verantwortung gezogen werden und wird dies regelmäßig auch geschehen, wenn während des activen Dienstes seine verbrecherische Thätigkeit entdeckt wird. Erfolgt aber die Beurlaubung, ohne daß gegen ihn von dem Militairgerichte eingeschritten ist, so verfällt er nunmehr der Strafgewalt der bürgerlichen Gerichte, wie dies oben gesagt ist, und wird hierdurch die Strafgewalt der Militairgerichte völlig beseitigt. Wäre die Beurlaubung eine Entlassung, so würde dies nach dem oben in Betreff der militairischen Gerichtsbarkeit aufgestellten Principe kein Bedenken haben können. Denn der persönliche Gerichtsstand vor dem Militairgerichte ist darnach als beseitigt anzusehen, wenn der Thäter aus dem Militairstande ausscheidet. Die in Frage stehende Beurlaubung ist aber, so lange sie dauert, der definitiven Entlassung gleich zu stellen. Der Beurlaubte tritt ganz in seine bürgerlichen Verhältnisse zurück, er ist während des Urlaubs nicht Militairperson, sondern Bürger. Von dem definitiv Entlassenen unterscheidet er sich im Grunde nicht dadurch, daß er noch Militairperson ist, sondern nur insofern, als er nach dem Urlaube aus dem Bürgerstande wieder ausscheidet und dann wieder Soldat wird. Diesemnach würde es irrationell sein, gegen diesen zum Bürger gewordenen Soldaten während seines Bürgerstandes neben den bürgerlichen, auch die militairischen Gerichte als zur Untersuchung der fraglichen Vergehen zuständig anzuerkennen. Es würde dies auf den seltsamen Satz hinauslaufen, daß eine zeitweise in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurückgetretene Person dem militairischen Gerichtsstande unterworfen sei, wenn zuerst das Militairgericht, dem bürgerlichen, wenn zuerst das bürgerliche Gericht einschreitet. Denn Prävention würde natürlich im einzelnen Falle entscheiden müssen.

Indessen fehlt es sicher auch nicht an Gegengründen, die hier einer mit der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte concurrirenden Strafbefugniß der Militairgerichte das Wort reden.

Digitized by Google

Hinzuweisen ist namentlich darauf, daß in Strafsachen der Militairpersonen die Gerichtsbarkeit der Militairgerichte im Zweifel die Intention für sich hat und daß der Beurlaubte, trotz der principiell anerkannten Gleichstellung mit dem Bürger, doch immer in gewisser Weise Militairperson mit einer Reihe militairischer Verpflichtungen bleibt, wie dies schon die folgenden §§. näher ergeben werden. Auch ist wieder an den §. 6 der neuen Militairstrafproceß-Ordnung zu erinnern, der, wenn er gleich die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte nicht wird ausschließen können, doch in unserm Falle, wo es sich um Verbrechen, „während der Dauer des militairischen Gerichtsstandes begangen" handelt, für eine Zuständigkeit auch der militairischen Gerichte sich aussprechen zu wollen scheint.

Aehnliche Zweifel bestehen über die zweite Frage, ob die Militairgerichte die während des Urlaubs oder vorher begangenen Verbrechen nach Rückkehr des Beurlaubten vor ihr forum ziehen können.

Hoffentlich werden die Militairgerichte, auch wenn sie principiell in beiden Richtungen eine concurrirende Zuständigkeit in Anspruch nehmen sollten, im einzelnen Falle von der Ausübung ihrer Befugniß Abstand nehmen. Namentlich wird dies voraussichtlich der Fall sein bei der Rückkehr des Beurlaubten zu den kurzen alljährlichen Uebungen, da hier das Interesse der Militairbehörden, den Soldaten militairisch weiter zu bilden, größer sein wird als das Interesse, ihn zur Untersuchung und Bestrafung zu ziehen.

§. 6.

Der Gegensatz von militairischen und gemeinen Verbrechen.

1) Zeit vor dem Erlaß des Militairstrafgesetzbuchs vom 1. Januar 1841.

Nach §. 1 der Verordnung von 1821 steht fest, daß die Strafgewalt der bürgerlichen Gerichte über die Beurlaubten sich lediglich auf die gemeinen Verbrechen und Vergehen bezieht, nicht auf die militairischen. In Betreff der letzteren ist eine ausschließliche Jurisdiction der Militairgerichte begründet.

Digitized by Google

Aber, was sind gemeine Verbrechen, im Gegensatze zu den militairischen, was diese im Gegensatze zu jenen?

Beide Fragen führen in das Strafrecht.

Die erste Frage wird zunächst im einzelnen Falle das bürgerliche Gericht aufwerfen, wenn es feststellen will, ob seine Jurisdiction über einen Beurlaubten begründet ist und sie wohl dahin beantworten können, daß unter gemeinen Verbrechen solche zu verstehen sind, deren Strafbarkeit für Jedermann schon aus dem gemeinen Strafrecht hervorgeht. Sie wird also beantwortet unter Zugrundelegung der bürgerlichen Gesetze, des bürgerlichen Strafrechts. Die andere Frage, ob ein Verbrechen ein militairisches, liegt vorzugsweise den Militairgerichten ob, wenn sie sich über ihre Zuständigkeit gegenüber einem Beurlaubten vergewissern wollen, und wird wohl dahin beantwortet werden, daß jede Handlung als Militairverbrechen anzusehen ist, die das Militairstrafrecht als solches hinstellt. Sie wird also beantwortet unter Zugrundelegung des Militairstrafrechts.

Weder das bürgerliche noch das Militairgericht werden getadelt werden können, wenn sie auf diese Weise sich die Fragen beantworten, und wird ihr beiderseitiges Verfahren auch practisch nicht leicht zu Unzuträglichkeiten führen, wenn bürgerliches und militairisches Strafrecht von demselben Gesetzgeber stammt und das bürgerliche Strafrecht ausschließlich die gemeinen, daß Militairstrafrecht ausschließlich die Militairvergehen umfaßt. In diesem Falle werden für die bürgerlichen Gerichte die gemeinen Verbrechen da aufhören, wo die Militairverbrechen beginnen und umgekehrt für die Militairgerichte der Katalog der Militairverbrechen da abgeschlossen sein, wo der der gemeinen Verbrechen anfängt. Beide Voraussetzungen aber treffen bei uns nicht zu. Die Militairstrafgesetzgebung und die bürgerliche Strafgesetzgebung lagen bisher (vergl. oben §. 1) wenigstens nicht fortwährend in denselben Händen. Auch hat sich die erstere keineswegs auf Militairverbrechen beschränkt. So ist es denn möglich, daß beide Gesetzgebungen in Beziehung auf obige Fragen mit einander in Widerspruch stehen und z. B. das Militairstrafrecht eine Handlung für ein Militairvergehen erklärt, die nach bürgerlichem Strafrecht ein gemeines Vergehen ist. Dann werden Conflicte der bürgerlichen und Militairgerichte entstehen,

Digitized by Google

wenn sie nach obigen Grundsätzen verfahren und sind solche auch bereits entstanden. Es wird deswegen zu untersuchen sein, ob solche Wiedersprüche in den Gesetzen vorliegen und wie ihnen gegenüber zu verfahren ist.

Das Militairstrafrecht, zu dessen näherer Betrachtung die letzten Bemerkungen auffordern, war bis zum Jahre 1841 vorzugsweise in den Kriegsartikeln von 1790 enthalten. Sie sollen deswegen zunächst allein hier berücksichtigt werden, während die Vorschriften des Militairstrafgesetzbuchs vom 1. Januar 1841 den Ausführungen des nächstfolgenden §. überlassen bleiben. Eine Erörterung über den hier in Frage kommenden Inhalt der Kriegsartikel ist aber um so wichtiger, als gerade während ihrer Gültigkeit die nach der Natur der strafbaren Handlung, als gemeines oder Militairvergehen, zu bestimmende Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte über die Beurlaubten eingeführt worden ist.

Unterwerfung unter den militairischen Gerichtsstand war, wie bereits angedeutet, in den Zeiten, da die Regimenter ausschließlich durch Werbung completirt wurden, zugleich Unterwerfung unter das Militairstrafrecht, wie solches in den Kriegsartikeln zusammengestellt war. Diese Kriegsartikel nun umfaßten regelmäßig alle strafbaren Handlungen, einerlei, ob sie schon nach gemeinem Rechte strafbar waren oder nicht, also, nach obiger Terminologie, gemeine und militairische Vergehen. Dies ist auch der Fall mit den Kriegsartikeln von 1790. Sie drohen Strafen für die gemeinen Verbrechen des Mordes, der Brandstiftung, des Diebstahls u. s. w., nicht minder für solche Handlungen, die in der Verletzung militairischer Verpflichtungen bestehen. Aber zwischen beiden wird nicht sorgfältig unterschieden, wie denn der technische Ausdruck von Militairvergehen im Gegensatz zu gemeinen Vergehen nicht vorkommt. Nur Folgendes ist hervorzuheben: Die dritte Abtheilung der Kriegsartikel handelt ihrer Ueberschrift nach „von den strafbaren Handlungen in Absicht auf den Dienst", und werden hier aufgezählt: die Vergehen des Mißbrauchs der Autorität, der Insubordination, der Wiedersetzlichkeit und Thätlichkeit gegen militairische Vorgesetzte, Vergehen in Beziehung auf Mondirungsstücke (Veräußerung, Verpfändung derselben) Vergehen gegen Schildwachen, Vergehen der Schildwachen

Digitized by Google

(unter diesen der Diebstahl namentlich an herrschaftlichen, ihnen zur Bewachung anvertrauten Sachen), Ueberschreitung des Urlaubs, Desertion, Aufruhr und Verrätherei, Vergehen im Kriege und verschiedene andere zweifellos mit dem Militairdienste in Verbindung stehende Vergehen. — Dagegen spricht eine vierte Abtheilung von den strafbaren Handlungen und Verbrechen „in Ansehung des gemeinen Wesens" und werden als solche aufgeführt: Die Verbrechen der Unzucht (Ehebruch, Bigamie, Blutschande, Nothzucht), die verschiedenen Classen der Diebstähle (unter diesen Diebstählen von Munition und an den in Zeughäusern und Magazinen aufbewahrten sonstigen herrschaftlichen Sachen die s. g. Quartier- und Cameraden-Diebstähle), Raub, Brandstiftung, Hausfriedensbruch und Körperverletzung mit oder ohne Waffen, Ehrenkränkungen und andere zweifellos nach gemeinem Rechte strafbare Handlungen. Daneben kommen indessen auch in anderen Abtheilungen der Kriegsartikel Vergehen und Strafbestimmungen für dieselben vor.

Wenn es hiernach in den Kriegsartikeln an einem bestimmt ausgeprägten Gegensatze von Militairverbrechen und gemeinen Verbrechen fehlte, so hatte das keine besonders praktischen Nachtheile, so lange jeder Soldat wegen jeder strafbaren Handlung nach den Kriegsartikeln und von den Militairgerichten gestraft wurde. Es konnte den letzteren in der That ziemlich gleichgültig sein, ob eine einzelne von den Soldaten begangene Handlung auch durch das gemeine Strafrecht als Verbrechen hingestellt wurde, oder ihre verbrecherische Natur lediglich den Vorschriften der Kriegsartikel verdankte.

Von hervorragender praktischer Bedeutung ward nun aber dieser Unterschied in diesem Jahrhundert mit Erlaß derjenigen Gesetze, die eine Jurisdiction der bürgerlichen Gerichte in Strafsachen beurlaubter Soldaten begründeten und diese davon abhängig machten, ob die zu strafende Handlung ein gemeines oder militairisches Vergehen war.

Nicht allein, daß sich danach von jetzt die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte bestimmte; sondern von der Bedeutung dieses Unterschiedes hingen nunmehr auch noch zwei andere Fragen ab, einmal nach welchem Rechte der Soldat gerichtet werden mußte, und die andere, ob überall denn der Soldat während

Digitized by Google

des Urlaubs andere als gemeine Verbrechen, nämlich militairische begehen konnte.

Diese letzteren beiden Punkte scheinen bisher nicht genügend beachtet zu sein.

Nach der Verordnung von 1820 sollen gemeine Verbrechen und Vergehen der Beurlaubten von den bürgerlichen Gerichten bestraft werden. Darin lag zugleich der wichtige Satz, daß auf beurlaubte Soldaten, soweit sie die genannten Verbrechen begehen, nicht mehr wie früher die Kriegsartikel, sondern das gemeine Strafrecht angewendet werden sollte. An und für sich verstand sich das freilich nicht ganz von selbst und hätte wohl besonders hervorgehoben werden können. Aber es lag unzweifelhaft in der Intention der Gesetzgebung, die Beurlaubten nicht nur unter die bürgerlichen Gerichte, sondern auch unter den Schutz des bürgerlichen Rechts zu stellen.

Der Beurlaubte stand somit nach der Verordnung von 1820 unter bürgerlichen Gerichten und unter bürgerlichem Rechte, wenn er während des Urlaubs ein gemeines Verbrechen beging. Da er aber auch im Uebrigen wie die Verordnung sagt „ganz" in seine bürgerliche Verhältnisse zurücktrat, so mußte sich unwillkürlich die Frage aufdrängen, ob er denn wirklich während des Urlaubs ein militairisches Verbrechen begehen konnte oder ob nicht wenigstens ein Theil dieser militairischen Verbrechen bei dem zeitweise zum Bürger gewordenen, keinen Sold beziehenden Soldaten juristisch unmöglich geworden war. Diese Frage war aber nur dann sicher zu beantworten, wenn der Begriff des Militairverbrechens klar feststand, wenn man erkennen konnte, in wiefern das einzelne militairische Vergehen seiner Natur nach den Fortbestand des activen Dienstes voraussetzte.

Das Vorhergehende wird genügen, um die practische Bedeutung zu veranschaulichen, die der Unterschied von gemeinen und militairischen Vergehen von dem Augenblicke an haben mußte, wo sich plötzlich bei einer und derselben Person bürgerliches und militairisches Strafrecht durchkreuzen konnte, und in den soldlos Beurlaubten Personen auftauchten, auf die doch eigentlich das bisherige Militairstrafrecht der Kriegsartikel nicht ohne Weiteres paßte.

Statt indessen das Militairstrafrecht einer Revision zu un-

Digitized by Google

terwerfen, und bei dieser Gelegenheit den Begriff des Militairvergehens festzustellen oder genau die Verbrechen zu bezeichnen, die als solche gelten sollen, hat man sich derzeitig bei der ersten Einführung der bürgerlichen Strafgewalt über Soldaten im Allgemeinen mit dem Satze begnügt: daß die gemeinen Verbrechen der Beurlaubten von den bürgerlichen Gerichten, die militairischen von den Militairgerichten zu bestrafen seien, mit anderen Worten, die Zuständigkeit der Gerichte von einem keineswegs nach den bisherigen Gesetzen feststehenden Gegensatze abhängig gemacht.

Unter diesen Umständen blieb den bürgerlichen Gerichten nichts Anderes übrig, als den Gegensatz selbst festzustellen. Dies hatte, wie ich glaube, auf folgende Weise zu geschehen. War ihnen die Aburtheilung der gemeinen Verbrechen der Beurlaubten überwiesen, so lag darin sicherlich die Aufforderung, jede Handlung des Beurlaubten, soweit sie nach gemeinem Strafrecht für Jedermann, ob Soldat oder nicht, Verbrechen war, zu bestrafen. Das hieß damals: jede Handlung, die das gemeine deutsche Strafrecht mit den etwaigen particulären Abänderungen für das Königreich, das hieß später, nach 1840, jede Handlung, die das Hannoversche Criminalgesetzbuch, das Polizeistrafgesetzbuch für strafbar erklären, ist vor den bürgerlichen Gerichten abzuurtheilen.

War dieser Begriff des gemeinen Verbrechens durchgehends richtig, so genügte den Gerichten zur Feststellung desselben die Kenntniß des bürgerlichen Rechts und war die der Kriegsartikel nicht erforderlich. Ebensowenig war es für sie Erforderniß, sich außerdem den Begriff des Militairverbrechens klar zu machen. Sie hielten genügend die Grenzen ihrer Zuständigkeit inne, wenn sie sich auf die Aburtheilung der ihnen aus dem bürgerlichen Rechte als Vergehen bekannten Handlungen beschränkten.

Gleichwohl scheint es mir, daß die bürgerlichen Gerichte ohne jede Kenntniß der Kriegsartikel und ohne Kenntniß darüber, was unter militairischen Verbrechen zu verstehen, die Grenzen ihrer Zuständigkeit nicht genügend bestimmen und inne halten konnten. Bei mancher der unter die Strafdrohungen des gemeinen Rechts fallenden Handlungen mußte ihnen schon der Zweifel auftauchen, ob nicht gerade die Verübung derselben durch

Digitized by Google

einen Soldaten wegen der etwa zugleich darin hervortretenden Verletzung militairischer Verpflichtungen sie zu einer besonders ausgezeichneten strafbaren Handlung und hierdurch zu einem militairischen Vergehen machte. Analogien bot schon das bürgerliche Strafrecht, da z. B. Unterschlagungen im Allgemeinen für Jedermann strafbar sind, aber besondere Dienstverbrechen der Beamten bilden, wenn dieselben das Verbrechen an den ihnen kraft ihres Amtes anvertrauten Sachen begehen. Hiezu kam, daß doch die Verordnungen von 1820 und 1821 neben dem Satze, der den bürgerlichen Gerichten die Aburtheilung der gemeinen Verbrechen übertrug, zweifellos den andern enthielten, der die Aburtheilung aller militairischen Verbrechen vorbehielt und dieser wohl keine andere Bedeutung haben konnte, als daß alle diejenigen Handlungen, die nach dem damaligen Militairstrafrecht als Militairvergehen gelten, von den bürgerlichen Gerichten nicht abgeurtheilt werden sollten.

Beides mußte nothwendig die bürgerlichen Gerichte darauf hinführen, sich positiv auch den Begriff des Militairverbrechens, so gut es ging, unter Berücksichtigung der Kriegsartikel klar zu machen und dann schließlich doch nur solche nach bürgerlichem Rechte strafbare Handlungen der Beurlaubten zu bestrafen, die die Kriegsartikel nicht als Militairvergehen anerkannten. Also: Nach bürgerlichem Strafrechte als Vergehen geltende und nach damaligem Militairstrafrechte nicht zu den Militairvergehen gehörende Handlung — das war der in Frage kommende Begriff „gemeines Verbrechen".

Aber welche unter den vielen in den Kriegsartikeln aufgeführten Vergehen waren denn nun solche, die man als Militairvergehen anerkennen mußte? Was verstand man damals unter einem Militairvergehen?

Es ist bereits bemerkt worden, daß die Kriegsartikel wenig geeignet sind, diese Fragen zur sichern Lösung zu bringen.

Indessen wird doch wohl behauptet werden können, daß der in den Kriegsartikeln vorkommende Gegensatz von strafbaren Handlungen „in Absicht auf den Dienst" und in Ansehung des gemeinen Wesens, im Wesentlichen mit dem Gegensatze von Militairvergehen und gemeinen Vergehen zusammenfällt und daß demnach alle im dritten Abschnitte aufgeführte Handlungen

Digitized by Google

Militairvergehen, alle Handlungen des vierten Abschnitts gemeine Vergehen sind. Demgemäß werden von den schon nach bürgerlichem Rechte strafbaren Handlungen, namentlich die im dritten Abschnitte erwähnten Vergehen in Beziehung auf Montirungs- und Armaturstücke (Unterschlagung) die von Schildwachen begangenen Diebstähle und Thätlichkeiten gegen Vorgesetzte (Beleidigungen, Körperverletzungen) als militairische Verbrechen anerkannt werden müssen. Allen andern in den Kriegsartikeln erwähnten Vergehen aber möchte, sofern sie nach bürgerlichem Rechte strafbar, die Natur eines Militairverbrechens zu bestreiten sein. Dies gilt namentlich auch von den im vierten Abschnitte erwähnten:

Diebstählen an herrschaftlichen Sachen, in Zeughäusern und Magazinen u. s. w.,

dem Cameradendiebstahl,

dem Quartierdiebstahl, und regelmäßig

vom Hausfriedensbruche und der Körperverletzung mit oder ohne Waffen.

Denn, wie oben gezeigt, alle diese Vergehen werden unter den strafbaren Handlungen „in Ansehung des gemeinen Wesens" angeführt.

Bei Anwendung dieser Sätze auf die Vergehen der Beurlaubten ist nun aber noch Folgendes zu berücksichtigen.

Die bürgerlichen Gerichte können in zwei verschiedenen Fällen die Frage zu beantworten haben, ob es sich um ein gemeines oder um ein militairisches Vergehen des Beurlaubten handelt, einmal dann, wenn die strafbare Handlung während des activen Dienstes begangen ist, sodann wenn sie in die Zeit des Urlaubs fällt.

Im ersteren Falle wird sicher nach dem oben Bemerkten zu verfahren sein. Die Gerichte dürfen ihre Zuständigkeit nur da anerkennen, wo nach Maßgabe der von ihnen zu berücksichtigenden Kriegsartikel die in Frage stehende Handlung nicht als Militairvergehen aufzufassen ist.

Im zweiten Falle dagegen erledigt sich die Sache viel einfacher und zwar ohne Kenntniß der Kriegsartikel, da, wie sich zeigen läßt, abgesehen von den im Art. 78 der Verordnung von 1820 besonders aufgeführten Handlungen, der Beurlaubte

Digitized by Google

während des Urlaubs gar keine Militairvergehen begehen kann, also jede anderweite in diese Zeit fallende Handlung, wenn sie überhaupt strafbar, nothwendig ein gemeines Verbrechen sein muß.

Man muß sich nämlich erinnern, daß die Kriegsartikel zu einer Zeit erlassen wurden, in der es einen Unterschied zwischen Soldaten im activen Dienste, und solchen, die ganz in ihre bürgerlichen Verhältnisse zurückgetreten waren, nicht gab. Jeder gemeine Soldat stand eben, einerlei ob auf Urlaub oder nicht, im activen Dienste. Deswegen wird anzunehmen sein, daß die Kriegsartikel bei ihren Vorschriften über Militairvergehen einen im activen Dienste befindlichen Soldaten voraussetzten und daß somit jedes Militairvergehen in dem Bruche derjenigen Verpflichtungen bestand, die der active Dienst den Soldaten auferlegte. Ist dies richtig, so muß man zu der Consequenz gelangen, daß der soldlos Beurlaubte während des Urlaubs regelmäßig zur Begehung eines Militairvergehens juristisch unfähig ist, da er während dieser Zeit nicht im activen Dienste steht, mithin die Verpflichtungen cessirten, als deren Verletzung das Militairvergehen erscheint.

Von dieser Regel können nur insofern Ausnahmen anerkannt werden, als militairische Verpflichtungen in Frage stehen, von denen der Beurlaubte auch während des Urlaubs ausnahmsweise nicht entbunden wird. Denn damit wird auch innerhalb dieses beschränkten Pflichtenkreises die Pflichtverletzung, das Militairvergehen wieder möglich. In der Natur der Sache liegt es hier, daß der Beurlaubte, da er seine Militairpflicht noch nicht völlig erfüllt hat, zur Rückkehr in den activen Dienst verpflichtet bleibt. Daraus ergiebt sich für ihn die Möglichkeit des Vergehens der Desertion und der Ueberschreitung des Urlaubs, von denen wenigstens das erstere als ein auch während des Urlaubs mögliches anerkannt werden muß. Desgleichen mag es die Aufrechterhaltung der Ordnung erheischen, den Beurlaubten auch während des Urlaubs bestimmte Pflichten der Ehrerbietung und des Gehorsams aufzuerlegen und deren Bruch unter den Gesichtspunct des Militairvergehens zu bringen. In dieser Richtung hat denn in der That die Gesetzgebung Bestimmungen getroffen, indem sie diejenigen Militairvergehen her-

Digitized by Google

vorhob, die auch während des Urlaubs begangen werden können, also den activen Dienst nicht voraussetzen.

Die Verordnung von 1820 bestimmt im Art. 78:

„Zu denjenigen militairischen Vergehungen, welche insbesondere als solche auch während des Urlaubs zu betrachten sind, gehören:

„1. Desertion.

„2. Ungehorsam gegen die auf den Dienst sich beziehenden Befehle der militairischen Vorgesetzten, namentlich Nichtbefolgung der erhaltenen Ordre sich zum Dienste zu stellen.

„3. Entwendung*) und Veruntreuung der dem Staate gehörenden Militaireffecten, namentlich der Mondirungs- und Armaturstücke.

„Auch soll es

„4. jedesmal zu dem militairischen Vergehen gerechnet werden, wenn beurlaubte Soldaten sich wörtliche oder thätliche Beleidigungen gegen Officiere oder Unterofficiere ihres Regiments imgleichen gegen andere mit der Uniform bekleidete Officiere und Unterofficiere, oder gegen Wachen, Posten oder Patrouillen erlauben."

Diese noch gültigen Vorschriften der Verordnung von 1820 haben nach den obigen Erörterungen vorzugsweise eine strafrechtliche Bedeutung, indem sie darüber Aufklärung geben, welche Militairvergehen die nicht im activen Dienste stehenden Beurlaubten während des Urlaubs begehen können. Sie waren gegenüber den nur für activ dienende Soldaten berechneten Kriegsartikeln nothwendig, wenn man bei den Beurlaubten überall die Möglichkeit des Militairvergehens schaffen wollte. Die angeführten strafbaren Handlungen wurden gewissermaßen hiedurch erst für die Beurlaubten zu Militairvergehen gemacht.

*) Auffällig ist, daß in den Kriegsartikeln die Entwendung von herrschaftlichen Sachen in Zeughäusern ꝛc. sich unter den Verbrechen „in Ansehung des gemeinen Wesens", die Unterschlagung von Mondirungs- und Armaturstücken unter den Verbrechen „in Absicht auf den Dienst" befindet (vergl. Art. 44 und 139), also nach denselben wohl nur das letztere Verbrechen zu den militairischen gehört. Erst aus der Verordnung von 1820 ist zu entnehmen, daß auch das erstere zu den militairischen gerechnet werden soll.

Digitized by Google

Sie sollen, wie die Verordnung sagt „insbesondere als solche auch während des Urlaubs betrachtet" zu ihnen gerechnet werden. Hiernach wird auch gesagt werden dürfen, daß der im Art. 78 aufgestellte Katalog der während des Urlaubs möglichen Militairvergehen in sich abgeschlossen ist, wenngleich die Fassung des Artikels nicht unbedingt dazu nöthigt. Denn die Aufzählung dieser Militairvergehen soll offenbar zeigen, in wieweit der Beurlaubte auch während des Urlaubes noch militairische Verpflichtungen zu erfüllen hat, in wieweit er Soldat ist. Im Uebrigen gilt er „als ganz in seine bürgerlichen Verhältnisse zurückgetreten", ist er ganz Bürger geworden, der militairische Verpflichtungen weder erfüllen noch verletzen kann. Andere als die im Art. 78 der Verord. von 1820 erwähnte Militairvergehen wird man während des Urlaubs jedenfalls nur in soweit zu construiren im Stande sein, als die Fortdauer anderweitiger militairischer Verpflichtungen während des Urlaubs aus den Gesetzen nachzuweisen ist. (Vergl. weiter unten §. 7.)

Als practisches Resultat dieser Erörterungen lassen sich hiernach in Betreff der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte für die Zeit vor dem Erlasse des Militairgesetzbuches von 1841 folgende Sätze aufstellen:

Steht eine nach bürgerlichen Gesetzen strafbare Handlung eines Beurlaubten in Frage, so ist zu unterscheiden, ob er sie während des Urlaubs oder während des activen Dienstes begangen hat.

Im ersteren Falle sind stets die bürgerlichen Gerichte zuständig, es müßte sonst die Handlung zu denjenigen Verbrechen gehören, die der Art. 78 d. Verord. von 1820 auch während des Urlaubs als Militairvergehen betrachtet wissen will und der Strafgewalt der Militairgerichte unterwirft.

Im zweiten Falle sind ebenfalls stets die bürgerlichen Gerichte zuständig, es müßte sonst die Handlung nach dem gen. Art. 78 der Verord. von 1820 und den Kriegsartikeln von 1790 zu den Militairvergehen gerechnet werden. Letzteres gilt, wie oben bemerkt, nur von den im dritten Abschnitte der Kriegsartikel hervorgehobenen strafbaren Handlungen.

Digitized by Google

§. 7.

Der Gegensatz von militairischen und gemeinen Vergehen.

2. Zeit nach Erlaß des Militairstrafgesetzbuchs vom 1. Januar 1841.

Das am 1. Januar 1841 publicirte Militairstrafgesetzbuch bestätigte die bis dahin geltenden Kriegsartikel von 1790 und enthielt gegenüber denselben verschiedene Abänderungen des Militairstrafrechts, die hier kurz angedeutet werden müssen, um dann in Erwägung ziehen zu können, ob und inwieweit dadurch auch die Vorschriften über die Competenz der bürgerlichen Gerichte verändert worden sind.

Während die Kriegsartikel sämmtliche strafbare Handlungen, gemeine und militairische Verbrechen, umfassen und in Folge davon die Soldaten, soweit sie unter den Militairgerichten standen, ausschließlich nach den Kriegsartikeln bestraft wurden, bestimmt der §. 2 des Militairstrafgesetzbuchs, daß „die gemeinen Verbrechen oder polizeilich zu ahndenden Vergehen auch gegen Militairpersonen nach den Vorschriften des allgem. Criminalgesetzbuchs oder nach den darüber vorhandenen besonderen Verordnungen, bestraft werden sollen. Damit sind alle Soldaten in Betreff ihrer gemeinen Verbrechen, wenngleich nicht unter die bürgerlichen Gerichte, doch unter das bürgerliche Recht zurückgebracht.

Während die Kriegsartikel weder eine Definition des Militairvergehens geben, noch hinreichend deutlich diejenigen Handlungen bezeichnen, die als Militairvergehen gelten sollen, hat sich das Militairstrafgesetzbuch bemüht, einen Begriff des Militairvergehens aufzustellen und nach demselben die Militairvergehen aufzuzählen. Nach §. 1 sind unter eigentlichen Militairvergehen solche unerlaubte Handlungen zu verstehen, „welche in Widerspruch mit den besondern Pflichten des Militairstandes verschuldet werden.“ Demgemäß werden im ersten und zweiten Abschnitte des besondern Theils die eigentlichen Militairverbrechen zusammengestellt.

Zwischen diesen eigentlichen Militairvergehen und dem gemeinen Vergehen hat nun aber das Militairstrafgesetz eine dritte Classe strafbarer Handlungen eingeschoben, die s. g. militairisch qualificirten gemeinen Verbrechen

Digitized by Google

und Vergehen. Welche einzelnen Handlungen zu dieser dritten Classe gehören, ist nach dem Militairstrafgesetzbuche im höchsten Grade zweifelhaft. Sie werden im §. 1 als Uebertretungen definirt „die zwar als Verletzungen allgemeiner Unterthanenpflichten ihrem Grundbegriffe nach zu den gemeinen Verbrechen oder Vergehen gehören, die aber entweder zugleich mit dem Militairdienste in näherer Beziehung stehen, oder gerade dadurch, daß sie von Militairpersonen begangen werden, um so strafbarer und gefährlicher werden."

Dies ist eine sehr vage und bedenkliche Begriffsbestimmung. Da der Soldat für die Sicherheit des Staats und der Staatsangehörigen Sorge tragen soll, so ist in gewisser Weise jedes von ihm begangene gemeine Verbrechen strafbarer als bei einem Nichtsoldaten, der keine ähnliche Berufsstellung hat. Es läßt sich deswegen kein gemeines Verbrechen denken, das nicht nach jener Definition in ein militairisch qualificirtes umgewandelt werden könnte.

Das Bedenkliche der Definition ließ sich nur dadurch beseitigen, daß das Gesetz bestimmt die einzelnen Handlungen hervorhob und zusammenstellte, denen die Natur eines qualificirten gemeinen Verbrechens innewohnen sollte. Dies ist aber nicht geschehen.

Anscheinend zwar ist der dritte Abschnitt des besonderen Theils des Militairstrafgesetzes dazu bestimmt, die militairisch qualificirten gemeinen Verbrechen zusammen zu stellen. Denn seiner Ueberschrift zufolge handelt er „von solchen gemeinen Verbrechen, bei deren Bestrafung das Militairdienstverhältniß eine besondere Berücksichtigung erfordert", er bezweckt also wohl ausschließlich die Aufzählung der militairisch qualificirten gemeinen Verbrechen. Aber der Inhalt[7]) des Abschnittes spricht dagegen.

[7]) In diesem 3. Abschn. werden besondere Strafbestimmungen für folgende Vergehen gegeben: Hoch-, staats- und landesverrätherische Handlungen (§. 201.) Majestätsbeleidigung, Beleidig. der Personen der Kgl. Familie (§. 202.) Beleidig. der Amtsehre und Widersetzlichkeit (§. 203.) Körperverletzung und Gewaltthätigkeit (§. 204.) Fälschung (§. 205.) Diebstahl, Unterschlagung, Betrug (207—213, 215.) Dienstverbrechen militairischer Beamten (§§. 216 und 217).

Digitized by Google

Schon im §. 2 des Militairstrafgesetzes war ausgesprochen, daß in Betreff der nicht zu den militairisch qualificirten gehörenden gemeinen Verbrechen der Soldaten zwar im Allgemeinen das Criminalgesetzbuch in Anwendung kommen solle „jedoch unter Berücksichtigung der durch die militairische Disciplin geboteten besonderen Bestimmungen.“ Dabei war durch Anziehung des §. 200 auf die Vorschriften des hier in Frage stehenden dritten Abschnittes hingewiesen. Ergab sich schon hiernach, daß der dritte Abschnitt Dispositionen über die eigentlich gemeinen Verbrechen der Soldaten enthalten würde, so wird dies durch den §. 200 außer Zweifel gestellt. Dieser den dritten Abschnitt einleitende §. 200, im Tone einer Abhandlung abgefaßt, sagt nämlich:

„Es ist bereits im allgemeinen Theile dieses Gesetzbuchs §. 1 und 2 der Grundsatz ausgesprochen, daß die Militairpersonen wegen begangener gemeiner Verbrechen gleich den übrigen Unterthanen nach dem allgem. Criminalgesetzbuche gerichtet werden sollen und es daher nur in Ansehung derjenigen Vergehen dieser Gattung, welche mit dem Militairdienste in näherer Verbindung stehen, besondere Vorschriften bedürfen könne.

„Diese besonderen Vorschriften befinden sich in den nachstehenden Paragraphen, deren Zweck es ist, einzelne gemeinschaftliche Strafbestimmungen entweder nach Maßgabe der größeren Pflichtverletzungen zu schärfen, oder die Anwendung derselben gegen Militairpersonen näher zu bestimmen.“

Da hiernach in dem dritten Abschnitte nicht nur die militairisch qualificirten, sondern auch die sonstigen gemeinen Vergehen, soweit bei ihnen durch die Disciplin die Abänderung der Strafbestimmungen des Criminalgesetzbuchs geboten erschien, aufgeführt werden sollten, so fragt es sich nun, welche dieser Vergehen denn zu der ersten, welche zu der zweiten Kategorie gehören, und ist die Frage eine sehr zweifelhafte.

Auf die nähere Untersuchung derselben soll hier nicht eingegangen werden.

Ich will nur hervorheben, daß das General-Kriegsgericht verschiedentlich die Ansicht vertreten hat, daß alle im dritten Abschnitte besonderen Strafbestimmungen unterworfenen Ver-

Digitized by Google

gehen als militairisch qualificirte gelten müssen, namentlich die im §. 204 und 205 des Militairstrafgesetzbuchs aufgeführten Vergehen der Körperverletzung unter Anwendung einer Dienstwaffe und der Fälschung des Reisepasses in jene Classe rechnet, eine Ansicht, die ich gegenüber dem Inhalte des §. 2, 200, 207 des Militairstrafgesetzbuchs nicht für richtig halten kann. Für richtiger erachte ich die Ansicht, daß von den im dritten Abschnitte vorkommenden strafbaren Handlungen nur die im §. 208 bezeichneten Diebstähle und die im §. 215, 216, 217 aufgeführten Unterschlagungsfälle und Dienstverbrechen militairischer Beamten als militairisch qualificirte gemeine Vergehen gelten. Denn in diesen Fällen sagt es entweder das Gesetz ausdrücklich (§. 208 und 215) oder „die nähere Verbindung" des gemeinen Vergehens mit dem Militairdienste ergiebt sich aus dem Thatbestande desselben (§. 216 und 217).

Diese zuletzt besprochene militairstrafrechtliche Controverse hat eine sehr untergeordnete Bedeutung für die Militairstrafgerichte, sofern es sich um eine Person handelt, die rücksichtlich aller ihrer Vergehen den Militairgerichten unterworfen ist. Denn, wird von dieser eine strafbare Handlung begangen, über die der dritte Abschnitt Bestimmungen enthält, so werden letztere auf dieselbe zur Anwendung gebracht werden müssen, einerlei ob sie zu den militairisch qualificirten oder zu den sonstigen gemeinen Verbrechen gehört, rücksichtlich deren der dritte Abschnitt Modificationen des Criminalgesetzbuchs enthält.

Dagegen ist der Controverse Wichtigkeit beigelegt in Bezug auf den Umfang der Strafgewalt der Militairgerichte gegenüber dem der bürgerlichen Gerichte.

Hiermit komme ich auf die Frage zurück, deren Beantwortung hier mein Hauptzweck ist, nämlich, ob und in wieweit durch die nunmehr dargelegten strafrechtlichen Vorschriften des Militairstrafgesetzbuchs die Strafbefugnisse der bürgerlichen Gerichte in Vergleich mit denen der Militairgerichte verändert worden sind.

Uebergehen kann ich hier die „eigentlichen Militairverbrechen." Es sind im Wesentlichen dieselben Handlungen, die in den Kriegsartikeln als Vergehen „in Absicht auf den Dienst" vorkommen. Genügen wird es zu bemerken, daß die bürgerlichen

Digitized by Google

Gerichte nach wie vor „mit ihrer Aburtheilung soweit die Vorübung derselben überall bei Beurlaubten zur Sprache kommen kann, nichts zu thun haben. Auch kann erinnert werden, daß während des Urlaubs nur[8]) die im Art. 78 der Verordnung von 1820 angeführten Handlungen als Militairvergehen möglich sind, ein Satz, dessen fortdauernde Gültigkeit um so unbedenklicher hingestellt werden kann, als der Inhalt des Artikel 78 in den gleich näher zu besprechenden §. 3[2] des Militairstrafgesetzbuchs übergegangen ist.

Eine besondere Betrachtung verdienen aber die vorhin erwähnten militairisch qualificirten gemeinen Vergehen.

Es ist hier Seitens des Generalkriegsgerichts mehrfach die Ansicht ausgesprochen, daß die Zuständigkeit der Militairgerichte über Beurlaubte erweitert, die der bürgerlichen Gerichte beschränkt werden, weil nach den Bestimmungen des Militairstrafgesetzbuchs die im dritten Abschnitte desselben als militairisch qualificirte aufgeführten Vergehen auch bei Beurlaubten nur von den Militairgerichten zu bestrafen seien, und zwar einerlei, ob die Verübung derselben in die Zeit des Urlaubs falle oder nicht.

Diese Auffassung, soweit sie eine Beschränkung der bürgerlichen Gerichtsbarkeit durch das Militairstrafgesetz behauptet, muß ich aus mehrfachen Gründen als eine irrige bezeichnen.

Eine solche Ausdehnung der militairischen Gerichtsbarkeit über Beurlaubte und hiermit correspondirende Beschränkung der Strafgewalt der bürgerlichen Gerichte ergiebt sich weder aus

---

[8]) Vielleicht sind dazu auch noch zu rechnen das Vergehen der Selbstverstümmlung und der Verletzung der Dienstverschwiegenheit (vergl. §. 142 und 159 d. M.-Str.-G.) vorausgesetzt nämlich, daß man in Betreff des ersteren Verbrechens, wenn es nach der Einstellung oder während des Urlaubs begangen wird, den Art. 133 des C.-G.-B. für unanwendbar erklärt und daß man in Betreff des zweiten Verbrechens die Verpflichtung zur Beobachtung des Dienstgeheimnisses auch während des Urlaubs noch als fortdauernd annehmen will. Beides ist einigermaßen zweifelhaft, und werde ich dadurch bestimmt, den Katalog der während des Urlaubs möglichen eigentlichen Militairvergehen, welcher im Art. 78 d. V. von 1820 gegeben ist, als einen abgeschlossenen anzusehen.

Digitized by Google

den Militairstrafgesetzen, noch konnte sie in denselben vorgenommen werden. Im Zweifel muß man sich jedenfalls gegen eine, die bürgerliche Gerichtsbarkeit beschränkende Auslegung erklären. Ist solche Beschränkung aber im Militairstrafgesetzbuche wirklich enthalten, so ist dies, wie mir scheint, für die bürgerlichen Gerichte nicht maßgebend.

In allen diesen Beziehungen will ich mir eine kurze Ausführung erlauben.

Vergeblich sucht man im Militairstrafgesetzbuche nach einer Vorschrift, durch die die Gesetze über die Zuständigkeit der bürgerlichen und Militairgerichte in Strafsachen der Beurlaubten abgeändert würden. Im Gegentheil wird im §. 2 lediglich auf die hierüber bestehenden Gesetze verwiesen. Man hat aber als solche Vorschrift den §. 3 angeführt, der Folgendes enthält:

„Die Militairstrafgesetze finden ihre Anwendung:

1. auf alle im activen Dienste befindlichen Mitglieder der Armee, einschließlich der mit Sold beurlaubten und der auf Wartegeld Versetzten;

2. auf die ohne Sold Beurlaubten wegen der von ihnen auch während des Urlaubs begangenen militairischen Vergehungen, zu welchen namentlich gehören:

a) Desertion,

b) Ungehorsam gegen die sich auf den Dienst beziehenden Befehle der militairisch Vorgesetzten, z. B. Ausbleiben über Urlaub und Nichtbefolgung des Befehls, sich zum Dienste zu stellen,

c) Entwendung, Veruntreuung und Verwahrlosung von herrschaftlichen Militaireffecten,

d) Beleidigungen und Widersetzlichkeiten gegen militairische Vorgesetzte, Wachen, Posten, Patrouillen und Gendarmen.

Indem man diese Vorschriften für relevant erklärt, behauptet man ein Dreifaches:

1. der Ausdruck „militairische Vergehungen" unter Nr. 2 begreift auch die militairisch qualificirten gemeinen Vergehen;

2. demgemäß gelten diejenigen gemeinen Vergehen, die im Militairstrafgesetzbuche als militairisch qualificirte bezeichnet werden, als solche auch dann, wenn der soldlos Beurlaubte sie während des Urlaubs vornimmt;

3. in Folge davon sind die Beurlaubten auch rücksichtlich

Digitized by Google

dieser, während des Urlaubs begangenen strafbaren Handlungen nur den Militairgerichten unterworfen.

Von diesen Behauptungen ist schon die erste keineswegs ohne Zweifel. Es läßt sich aus der Terminologie des Militairstrafgesetzbuchs nicht beweisen, daß in dem Ausdruck „Militairvergehungen" stets die militairisch qualificirten Handlungen mit begriffen sind. So zeigen die §§. 6ª und 14ª und ᵇ, daß man mit diesem Worte die eigentlich militairischen Vergehen bezeichnet und, wenn man die militairisch qualificirten mit umfassen will, diese besonders hinzugefügt werden. Auch liegt es nach der Ausdrucksweise der §§. 1 u. 2 des Militairstrafgesetzbuchs nahe, die militairisch qualificirten gemeinen als eine Unterart der gemeinen Verbrechen und nicht, was man bei obiger Annahme doch thun müßte, als eine der militairischen Verbrechen aufzufassen.

Indessen dies formelle Bedenken mag auf sich beruhen bleiben. Die aufgestellte Annahme ist möglich und ich halte sie sogar für die richtigere, da in der That eines der besonders unter Nr. 2 erwähnten Vergehen — die Entwendung von Militaireffecten — zu den im Militairstrafgesetzbuche als militairisch qualificirt aufgeführten Vergehen gehört.

Irrig sind aber die beiden hieraus gezogenen Schlußfolgerungen.

Man braucht nur den §. anzusehen, um sich davon zu überzeugen, daß er zunächst keineswegs den Satz enthält: alle im Militairstrafgesetzbuche zur Classe der militairisch qualificirten gehörenden Vergehen sollen als solche auch bei dem Beurlaubten, wenn er sie während des Urlaubs begeht, aufgefaßt werden, oder was dasselbe ist, aller militairisch qualificirten Vergehen solle der Soldat auch während des Urlaubs fähig sein. Dieser Satz ist hier noch weniger richtig als bei den eigentlich militairischen Vergehen. Vielmehr sehe ich in dem Paragraphen umgekehrt die Bestimmung, daß während des Urlaubs der Soldat nur gewisser militairischer Vergehen, mögen dieselben nun zu den eigentlich militairischen oder zu den qualificirten gehören, fähig ist und finde ich hierüber lediglich das schon bisher geltende Recht (Art. 78 der Verordn. v. 1820) wiederholt. Neues im Vergleich mit der bisherigen Gesetzgebung ist überall in dem

Digitized by Google

Paragraphen nicht enthalten. Man hätte füglicherweise ebensogut sagen können: „In Betreff der Frage, inwieweit Militairvergehen auch während des soldlosen Urlaubs vorkommen können, vergl. Art. 78 der Verord. von 1820 und hätte dies vielleicht auch wohl gesagt, wenn nicht diese Verordnung (vergl. oben §. 1) formell wenigstens außer Wirksamkeit gesetzt wäre. Will man aber durchaus etwas Neues in dem §. 3 finden, so besteht dasselbe lediglich darin, daß die Entwendung von Militaireffecten, welche bisher nach dem nicht unterscheidenden Militairstrafrechte zu den „Militairvergehen" und zwar auch während des Urlaubs gerechnet wurde,[9]) nunmehr nach der neuen Terminologie des Militairstrafgesetzbuchs zu den militairisch qualificirten gezählt werden muß.

Freilich giebt ja der Wortlaut des §. 3 die formelle Möglichkeit, den in demselben enthaltenen Katalog nicht als einen völlig abgeschlossenen anzusehen, also noch andern als den namhaft gemachten Handlungen während des Urlaubs die Natur eines Militairvergehens beizulegen, namentlich da das (in Vergleich mit dem Art. 78 der Verordn. von 1820) umgesetzte Wort: „insbesondere (namentlich)" die angeführten einzelnen Vergehen mehr als Beispiele erscheinen läßt. Aber man wird sich hüten müssen, mit Hülfe dieses Wortes nicht namhaft gemachte gemeine Verbrechen während des Urlaubs als militairisch qualificirte zu kennzeichnen, sofern man nicht nachweisen kann, daß darin militairische, während des Urlaubs fortdauernde, Verpflichtungen verletzt werden. Nach meinem Dafürhalten ist dieser Nachweis bei keinem der nach dem 3. Abschnitte als militairisch qualificirt geltenden Verbrechen zu führen, man mag nun alle Vergehen oder nur einen Theil derselben als militairisch qualificirt betrachten. — Wohl aber läßt sich in Beziehung auf die nach meiner Auffassung allein als militairisch qualificirt in Betracht kommende Vergehen beweisen, daß sie bei Beurlaubten nicht vorkommen können.[10])

---

[9]) Vergl. oben Anmerk. zu §. 5.

[10]) Bei den Posten-Diebstählen und den Dienstverbrechen militairischer Beamten ist dies selbstverständlich, bei dem Cameraden- und Quartierdiebstahle ist es im §. 210 besonders hervorgehoben, bei den

Digitized by Google

Ebenso seltsam wie diese erste ist die zweite Schlußfolgerung.

Wenn das Militairstrafgesetzbuch sagt, es sei der Beurlaubte wegen einer bestimmten Handlung den Vorschriften des Militairstrafgesetzes unterworfen, so ist das noch nicht identisch mit dem Satze, er sei wegen dieser Handlung den Militairgerichten unterthan. Es ist das eine Vorschrift über das anzuwendende Strafrecht, nicht aber über das in Thätigkeit treten sollende Gericht. War die Meinung, den Beurlaubten in Beziehung auf die fraglichen Vergehen nicht nur den Militairgesetzen, sondern auch den Militairgerichten zu unterwerfen, so mußte letzteres besonders gesagt werden. Von selbst verstand sich das nicht. Es ist eben so gut möglich, daß das Militairgericht das bürgerliche Criminalgesetzbuch, als — was vielleicht nur wenig bekannt — umgekehrt nach unserer Gesetzgebung zulässig und vorgeschrieben, daß das bürgerliche Gericht das Militairstrafrecht anwendet. Das Erste ist klar nach §. 2 des Militairstrafgesetzbuchs; das Zweite ergiebt sich aus §. 29 der Verordnung von 1821, demzufolge auch die bürgerlichen Gerichte Militairvergehen untersuchen und bestrafen dürfen, was doch ohne Anwendung des Militairstrafrechts nicht möglich sein wird.

Es mag sein — ich weiß es nicht —, daß das Militairstrafgesetzbuch, wenn es von Anwendung der „Militairgesetze" oder Unterwerfung unter dieselben spricht, damit zugleich die Unterwerfung unter den militairischen Gerichtsstand hat ausdrücken wollen. Dann hat es sich jedenfalls sehr incorrect ausgedrückt. Es ist eine ähnliche Uncorrectheit, wie solche der Verordnung von 1820 vorzuwerfen war (vergl. oben §. 5), die umgekehrt nur von Unterwerfung unter die bürgerlichen Gerichte spricht, während sie zugleich die Unterwerfung unter das bürgerliche Recht im Auge hatte. Aber wie dem auch sei, selbst zugegeben,

---

Diebstählen und Unterschlagungen herrschaftlicher Sachen, soweit nicht Militaireffecten in Frage stehen, folgt es wohl daraus, daß eben nur Entwendungen und Unterschlagungen von herrschaftlichen Militaireffecten im §. 3. 2c des M.-Str.-G. als militairische Vergehen während des Urlaubes hervorgehoben werden.

Digitized by Google

daß das Militairstrafgesetzbuch die Beurlaubten, soweit es sie seinen Vorschriften unterwirft, zugleich unter die militairische Gerichtsbarkeit zu bringen beabsichtigt, so wird doch — und das scheint mir die Hauptsache — solches lediglich für die Militairgerichte, nicht aber für die bürgerlichen Gerichte maßgebend sein.

Denn durch das ohne Mitwirkung der Stände erlassene Militairstrafgesetzbuch konnte die Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte in Betreff der gemeinen Verbrechen in der hervorgehobenen Beziehung gar nicht verändert werden. Selbst nach dem L.-V.-G. von 1840, §. 117 bedarf es für Gesetze, die die bürgerlichen Verhältnisse der Soldaten betreffen, der Mitwirkung der Stände. Die Bestimmung aber, daß die Beurlaubten hinsichtlich ihrer gemeinen Verbrechen oder eines Theils derselben nicht mehr wie bisher nach den bürgerlichen Gesetzen und von den bürgerlichen Gerichten zu bestrafen seien, scheint mir so recht eigentlich die bürgerlichen Verhältnisse der beurlaubten Soldaten zu treffen. Sie würde eine Abänderung der Verordnungen von 1820 u. 1821, die den Maßstab für die Beziehungen namentlich der beurlaubten Soldaten zu den bürgerlichen Gesetzen, zu den bürgerlichen Gerichten aufstellen, involviren, die derzeit nur von dem bürgerlichen Gesetzgeber hätte vorgenommen werden können. Den bürgerlichen Gerichten bleibt deswegen nichts Anderes übrig, als auch heutzutage bei der Frage nach ihrer Zuständigkeit lediglich die Verordnungen von 1820 u. 1821 zu Rathe zu ziehen. Eine Beschränkung derselben durch das zunächst für sie gar nicht erlassene Militairstrafgesetzbuch werden sie nicht anerkennen können. Sie werden überall, wenn ein soldlos beurlaubter Soldat namentlich während des Urlaubs ein gemeines Vergehen verübt, das sie nach der Verordnungen von 1820 u. 1821 bestrafen durften, sich auch nach Erlaß des Militairstrafgesetzbuchs zur Untersuchung und Bestrafung berechtigt halten müssen. Es wäre ein seltsamer Rechtszustand, wenn der Satz der bürgerlichen Gesetze: „der Beurlaubte tritt in Betreff seiner gemeinen Verbrechen unter das bürgerliche Recht und Gericht zurück“ durch die Militairstrafgesetzgebung einseitig und indirect dadurch aufgehoben oder beschränkt werden könnte, daß letztere die gemeinen Verbrechen der Beurlaubten oder einen Theil derselben,

Digitized by Google

als von einer Militairperson begangen, für besonders gefährlich und strafbar und für militairische Vergehen erklärt. Ohne Einigung des bürgerlichen und militairischen Gesetzgebers ließe sich dergleichen nicht erreichen und dieselbe ist jedenfalls zur Zeit der Publication des Militairstrafgesetzbuchs und auch wohl später nicht erfolgt.[11])

Nur eventuell haben diese letzteren Ausführungen Bedeutung. Denn in erster Linie muß ich bei der Ansicht stehen bleiben, daß durch das Militairstrafgesetzbuch die Stellung der Beurlaubten zu den Gerichten überall nicht verändert worden ist, daß über dieselbe nach wie vor die Verordnungen von 1820 u. 1821 entscheiden, daß namentlich bei den Beurlaubten während des Urlaubs nur die im Art. 78 der letzteren Verordnung aufgeführten Militairvergehen vorkommen und demgemäß von den Militairgerichten bestraft werden können.

In zwei practisch gewordenen, oben bereits angezogenen Fällen hat das Generalkriegsgericht die Meinung vertreten, daß das Verbrechen der Fälschung des Urlaubsscheines und der unter Anwendung einer Dienstwaffe verübten Körperverletzung (§. 204 und 205 des Militairstrafgesetzbuchs), die nach früherem Rechte bei Beurlaubten wohl unbedingt zur Cognition der bürgerlichen Gerichte gehörten, nunmehr nach Erlaß des Militair-

[11]) Das Generalkriegsgericht hat solches gestützt auf Art. 2 des C.-G.-B. geltend gemacht. Aber abgesehen von andern Gründen erscheint mir dieser Artikel irrelevant, da er offenbar als in Betreff der Militairpersonen nur insoweit auf die Vorschriften des M.-St.-G. verweist, als dieselben im einzelnen Falle unter militairischer Gerichtsbarkeit stehen und das in dieser Beziehung geltende Recht nicht abändern will. Fraglicher ist es schon, ob nicht durch die dem M.-St.-G. folgenden Militairaushebungsgesetze von 1843 (§. 78) und 1862 (§. 100 Anm.**:) nachträglich eine Einigung des bürgerlichen und militairischen Gesetzgebers erzielt ist. Ich möchte diese Frage, wenn ich überall im §. 3[2] des M.-St.-G. eine unzulässige Beschränkung der bürgerlichen Gerichtsbarkeit erblickte, namentlich nach der Anmerkung zum §. 100 des Gesetzes von 1862 nicht unbedingt verneinen oder bejahen. Auffallend muß es jedenfalls für den die Frage bejahenden Ausleger erscheinen, daß halb im Dunkeln, lediglich durch eine unter dem Gesetze befindliche Anmerkung, die Ausschreitung des Militairstrafgesetzbuchs von dem bürgerlichen Gesetzgeber sanctionirt worden ist.

Digitized by Google

strafgesetzbuchs ausschließlich von den Militairgerichten und zwar auch dann untersucht und bestraft werden müßten, wenn sie während des Urlaubs begangen werden. Die letzteren Erörterungen werden das Bedenkliche dieser Ansicht gezeigt haben. Beide Verbrechen können, von einem Beurlaubten begangen, auch nach dem Militairstrafgesetzbuch nicht zu den militairischen gerechnet werden; beide sind an und für sich gemeine Verbrechen, deren Aburtheilung den bürgerlichen Gerichten nach den Verordnungen von 1820 u. 1821 zusteht und durch das Militairstrafgesetzbuch nicht genommen werden kann. Uebrigens verfocht in dem ersten Falle, der im Jahre 1854 vorkam, die damalige Oberstaatsanwaltschaft, der Ansicht des Generalkriegsgerichts entgegen tretend, die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte. In Folge davon hat eine Aburtheilung des Beurlaubten von den Militairgerichten nicht stattgefunden. In dem zweiten im Anfange voriges Jahres vorkommenden Falle neigte sich aber die Königliche Kronoberanwaltschaft der Meinung des Generalkriegsgerichts zu und ward bei den bürgerlichen Gerichten keine öffentliche Klage wegen der in Frage stehenden während des Urlaubs begangenen Körperverletzung erhoben.[12])

---

[12]) Die im Texte besprochenen gemeinen Verbrechen und Vergehen der Beurlaubten bilden den wichtigsten Fall, in dem den bürgerlichen Gerichten eine Strafgerichtsbarkeit über Militairpersonen zusteht. Abgesehen hiervon tritt noch eine beschränkte Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte selbst über im activen Dienste stehenden Militairpersonen bei Polizeivergehen und Steuer-Contraventionen ein, sofern nämlich dieselben nur mit „Schadensersatz, Geldbuße oder Confiscation geahndet werden. Wenn eine Gefängnißstrafe zu erkennen ist oder auch die Geldbuße in eine solche verwandelt werden muß, so gehen diese Sachen bei Personen, denen sonst in Strafsachen der militairische Gerichtsstand zusteht, an die Militairgerichte über (§. 16 der V. v. 1821). Auch ist der Vollständigkeit wegen darauf zu verweisen, daß nach §. 15 d. V. v. 1821 die polizeilich strafbaren Injurien der unter militairischer Gerichtsbarkeit stehenden Militairpersonen ausschließlich von den Militairgerichten zu untersuchen und zu bestrafen sind. Bekanntlich erstreckt sich nach demselben §. die Zuständigkeit der Militairgerichte auch auf die Civilprocesse wegen Injurien, so daß man heutzutage noch eine Injurienklage gegen eine im activen Dienst stehende Militairperson oder gegen ihre Familienmitglieder bis zur Dienstmagd herab nur vor

Digitized by Google

§. 8.

Bestrafung von entlassenen Militairpersonen.

Die Entlassung aus dem Militairstande muß nach dem im §. 2 Ausgeführten unbedingt den Entlassenen der militairischen Gerichtsbarkeit entziehen. Denn mit der Ausscheidung aus dem Stande fällt der Grund hinweg, der die Unterwerfung unter militairische Gerichtsbarkeit bedingt. Dies ist auch nach unserer Gesetzgebung regelmäßig der Fall. Alle Militairpersonen, mit Ausnahme der Officiere, verlieren mit der Entlassung in Strafsachen ihren militairischen Gerichtsstand, so daß nunmehr gemeine Verbrechen und Vergehen, die sie während des Militairdienstes verübten, sowie die nach der Entlassung begangenen, ausschließlich von dem bürgerlichen Richter zu untersuchen und zu bestrafen sind. Nur die von ihnen während ihrer Dienstzeit begangenen militairischen und militairisch qualificirten Vergehen und Verbrechen gehören, auch wenn sie erst nach der Entlassung zur Anzeige kommen, vor die militairischen Gerichte (vergl. §. 5 und 6 der Verordnung von 1821, und §. 6ª des Militairstrafgesetzbuchs). Abgesehen von dieser Ausnahme kann das Militairgericht gegen den entlassenen Soldaten nach der Verordnung von 1821 keine Strafgewalt ausüben.

Eine anderweite auffallende Ausnahme hat aber das Militairstrafgesetzbuch hinzugefügt. Die im §. 56 und 66 und 69 a u. b dieses Gesetzes erwähnten eigentlichen Militairvergehen des Rachenehmens an Vorgesetzten, der Herausforderung der Vorgesetzten zum Duell und die Erhebung dienstwidriger und verläumderischer Beschwerden sollen nach den §§. 67 und 6, auch wenn sie nach der Entlassung vorkommen bei den entlassenen „übrigens nicht mehr der Militairjurisdiction unterworfenen Militairpersonen von den Militairgerichten" bestraft werden. Diese Ausnahmen nenne ich insofern auffallend, als damit Militairverbrechen geschaffen sind, die von einer Nicht-

---

dem Militairgerichte erheben kann. Neuerdings haben sich einige Amtsgerichte für competent erachtet, über derartige Injurienklagen zu entscheiden. Solchen Entscheidungen scheint indessen vorzugsweise ein Uebersehen der Vorschriften des genannten §. 15. d. V. v. 1821 zum Grunde zu liegen.

Digitized by Google

militairperſon begangen werden können, als ferner hiedurch die Militairgerichtsbarkeit nach klarer Vorſchrift des Militairſtrafgeſetzgebers auf die ganz außerhalb der Armee ſtehenden Bürger ausgedehnt wird. Die Ausnahme wird aber auch gegenüber den bürgerlichen Gerichten wohl — ſeit dem Erlaſſe des Militaraushebungsgeſetzes von 1862 — als maßgebend anerkannt werden müſſen, da die Anmerkung zu §. 100 dieſes Geſetzes auf §. 6 des Militairſtrafgeſetzbuchs verweiſt.

Anders ſteht es mit den entlaſſenen Officieren. Sie behalten trotz der Entlaſſung in der Regel[13]) ihren militairiſchen Gerichtsſtand. Die Entlaſſung derſelben ſcheint hier nur als Beendigung des militairiſchen Dienſtes, nicht aber als ein Aufgeben des militairiſchen Standes betrachtet zu werden. (§. 7 der Verordnung von 1821.)

Hervorzuheben iſt ſchließlich, daß das Generalkriegsgericht nach der Verordnung von 1821 (§. 29) das Recht hat, der Militairgerichtsbarkeit unterworfene Militairperſonen ganz aus dem Militairdienſte zu entfernen, wenn ſie „wegen eines gemeinen Verbrechens in Unterſuchung gerathen, welches anſcheinend eine Zuchthaus-, Karren- oder noch härtere Strafe nach ſich ziehen dürfte.“ In dieſem Falle treten ſie unter die bürgerlichen Gerichte, ſo daß letztere ſelbſt zur Fortſetzung der bereits bei den Militairgerichten anhängig geweſenen Unterſuchung zuſtändig werden und concurrirende geringe militairiſche Vergehen des Entlaſſenen im Einverſtändniß mit dem Generalkriegsgericht aburtheilen können (Vergl. oben §. 7). Dieſelbe Befugniß ſteht dem Generalkriegsgerichte auch bei anderen gemeinen Verbrechen zu, wenn dabei Militairperſonen und Andere concurriren und bereits ein dringender Verdacht der Theilnahme gegen die angeſchuldigte Militairperſon vorliegt (Vergl. §. 34 der Verordn. von 1821).

Zum Abſchluſſe dieſer Erörterungen kann ich die Bemer-

---

13) Ausnahmen finden Statt, wenn ſie durch ein Kriegsrecht caſſirt oder ſonſt ohne Abſchied entlaſſen werden, wenn ſie in Civildienſte treten oder ein bürgerliches Gewerbe zu treiben anfangen, wenn ſie ohne Penſion entlaſſen werden oder dieſelben ſpäter aufgeben. (§. 7. d. V. v. 1821.)

Digitized by Google

kung nicht unterdrücken, daß mir die Resultate, zu denen ich bei einigen der erörterten Fragen gelangt bin, keineswegs zweifelsfrei erscheinen. Aber es wird das immer das Schicksal aller juristischen Auslegungsversuche sein, die, wie hier, keine einheitliche Gesetzesgrundlage haben und ihr Beweismaterial zum großen Theile weniger aus den heutzutage geltenden Gesetzen als aus den ihnen vorangehenden gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen genöthigt sind.

---

6. Bemerkungen zum Forststrafgesetze vom 25. Mai 1847.

Vom Herrn Bergamtsassessor Grahn in Clausthal.

Das Forststrafgesetz vom 25. Mai 1847 gehört nicht gerade zu den Producten unserer Gesetzgebung, welche den Stempel der Vollendung an der Stirne tragen.

Die Fassung läßt ebenso in manchen Beziehungen zu wünschen übrig, wie einzelne materielle Bestimmungen zu Bedenken Anlaß geben.

Von jeher ist das Forststrafwesen nur als Stiefkind unserer Rechtspflege behandelt.

Das Verfahren war früher im hohen Grade summarisch. Hier und da saßen ausschließlich Forstbeamte über die Forstfrevler zu Gerichte, und die höhere Instanz bildete wohl gar diejenige Behörde, welcher zugleich die obere Leitung der Forstverwaltung oblag.

Daneben herrschte in den einzelnen Bezirken die größte Verschiedenheit in den materiellen Strafvorschriften. Uebertriebene Härte in dem einen Districte hatte ungerechtfertigte Milde in dem anderen zur Nachbarin, und nicht selten mußte der Richter in seine Brust greifen, um das Recht zu finden.

So war z. B. in der Forstwrogenclavis vom Jahre 1757 für den vormals einseitigen hannoverschen Harz den Holzdieben nur Geldstrafe gedroht, während eine Verordnung vom 20. April 1737 für Holzentwendungen aus der hannoverschen Stadtforst „Eilenriede" die Strafe des Halseisens und beim Rückfall Karrenschiebstrafe vorschrieb.

Digitized by Google

Solchen Zuständen gegenüber ist es als ein wesentlicher Fortschritt anzuerkennen, daß das Gesetz vom 25. Mai 1847 eine Rechtseinheit herbeiführte, und daß feste und angemessene Strafbestimmungen an die Stelle von Willkür und obsolet gewordenen Androhungen traten.

Der Zweck dieser Zeilen ist, einzelne Mängel des genannten Gesetzes anzudeuten, welche der Verfasser, seit längerer Zeit mit der Verfolgung der Forstvergehn bei zwei Amtsgerichten beauftragt, wahrgenommen hat.

Wenngleich der Gegenstand ein erhebliches juristisches Interesse für den Leserkreis des Magazins nicht bieten mag, so ist doch die Auslegung und Anwendung des Gesetzes gegenüber der ungemein großen Anzahl von Forstvergehn von solcher practischen Bedeutung, daß eine Mittheilung auch aus diesem Kreise unseres Rechtslebens vielleicht eine wohlwollende Aufnahme erwarten darf.

I. Zum allgemeinen Theile des Gesetzes.

1. zum §. 8.

Beim Erlaß des Forststrafgesetzes wurde nicht beabsichtigt, die sämmtlichen locale n Strafbestimmungen aufzuheben, welche bis dahin im Gebrauche gewesen waren, vielmehr sollen die bisherigen Strafandrohungen nur für solche Forstvergehn als beseitigt gelten, für welche das Gesetz selbst Strafvorschriften enthält.

Daneben ist es für unzulässig erklärt, daß örtliche Strafbestimmungen bezüglich auf besondere Verhältnisse „in dem bisher zulässigen Wege" wo nöthig, auch künftig getroffen werden.

Die den Ständen durch Cabinetsschreiben vom 24. Februar 1846 mitgetheilte Begründung des Gesetzentwurfs beschränkt sich hinsichtlich dieser Vorschrift auf die Bemerkung, daß bei manchen Arten von Forsten die mannigfachsten eigenthümlichen Verhältnisse vorkommen, daß manche Strafbestimmungen sich an Oertlichkeiten anknüpfen und nicht in den Kreis allgemeiner Gesetzgebung zu ziehen seien, endlich, daß ein allgemeines Forststrafgesetz sich nicht nach Art eines Criminalgesetzbuchs in solcher

Digitized by Google

Weise abschließen könne, daß keine Handlung strafbar sei, welche nicht darin mit Strafe bedroht worden.

Ueber die Frage, welcher Weg der für Einführung neuer, lediglich auf Domanialforsten beschränkten Strafvorschriften „zulässige" sei, wird häufig gestritten.

Bekanntlich bestand bis zum 1. Mai 1823 als obere Domanialbehörde für das Königreich die durch Edict vom 12. October 1822 aufgehobene Kammer zu Hannover, welche, wie es in dem Edicte heißt: „neben der Verwaltung Unserer Domainen auch verschiedene wichtige Regierungs- und Polizeisachen, jedoch nicht in allen Provinzen Unseres Königsreiches gleicher Maße" zu besorgen hatte.

Das Edict setzte ein

a) „für die Regierungs- und Polizeisachen in ihrem ganzen Umfange, mithin für die ganze innere Regiminalverwaltung. — die Landdrosteien",

b) „für die Verwaltung Unserer Domainen eine neue Domainenkammer für Unser ganzes Königreich, welche sich lediglich der Erhaltung, Verbesserung und ökonomischen Verwaltung Unseres Domanialgutes" zu widmen hat.

Alle späteren Bestimmungen, welche über die Verwaltung des Domaniums getroffen sind, lassen den Character der betreffenden oberen Behörden als reiner Domanialbehörden intact, und keine derselben hat die regiminellen Befugnisse zurückerhalten, welche ihre Vorgängerin, die Kammer, besaß.

Man wird deshalb behaupten müssen, daß neue Vorschriften über Bestrafungen von Forstvergehn bezüglich der betreffenden Forsten von den zeitigen oberen Domanialbehörden, dem Königl. Finanzministerium, Abtheilung für Domainen und Forsten, dem Königl. Berg- und Forstamte in Clausthal und bez. auch von dem Königl. Ministerium des Königlichen Hauses, nicht getroffen werden können, sondern daß dazu lediglich die Landdrosteien, bez. die Berghauptmannschaft, und in oberer Instanz das Königl. Ministerium des Innern zuständig sind.

Den Ausdruck: „der bisher zulässige Weg" kann man gewiß nicht anders verstehn wie: der gesetzlich zulässige Weg, welcher durch das Edict vom 12. October 1822 vorgezeichnet war.

Von Wichtigkeit ist die richtige Auffassung des Ausdrucks

Digitized by Google

namentlich dann, wenn das Domanium als privatrechtlich verpflichtetes Subject den Forstberechtigten gegenübersteht und ausschließlich für diese berechnete Strafvorschriften erlassen wollte.

Uebrigens können nach §. 7 des Gesetzes die von der vormaligen Kammer gegebenen Strafbestimmungen noch durchaus anwendbar sein, wie z. B. die vorgenannte Forstwrogenelavis für den Harz.

2. Zu den §§. 10—15.

a. Diese §§. handeln über die Bestrafung des Versuchs, der Miturheber, der Beihülfe und der Begünstigung.

Das letztere Vergehn liegt u. a. vor, wenn Jemand Berechtigungsholz an sich bringt, wissend daß es nicht „veräußert" werden darf.

Das Wort „veräußert" muß als die alienatio des gemeinen Rechts aufgefaßt werden.

Im §. 55 ist mit Strafe bedroht, wenn verboten, der „Verkauf" oder die „Verwendung von Berechtigungsholz zu nicht gestattetem Zweck", unter welchen letztern Begriff ohne Zweifel auch der Verkauf fällt, so wie überhaupt jede Handlung des Berechtigten, durch welche die Uebertragung des Eigenthums an solchem Holze auf eine dritte Person bezweckt wird, und zwar ohne Rücksicht auf das der Tradition unterliegende Rechtsgeschäft, ob Tausch, Schenkung u. s. w.

Man muß demnach, falls die sonstigen Voraussetzungen der §§. 15 bez. 55 vorliegen, auch den Schenknehmer als strafbar betrachten.

Der §. 14 des Cabinetsentwurfs lautete: als Begünstiger ist zu strafen, wer Berechtigungsholz wissend, daß es nicht verkauft werden darf, ankauft.

Stände gaben diesem §. die jetzige Fassung des §. 15, indem sie in dem Erwiederungsschreiben vom 25. März 1847 bemerken: „man habe die Aenderung beschlossen, um damit auszudrücken, daß die Bestimmung nicht bloß die Handlung des Verkaufs, sondern jede Erwerbsart treffen solle."

Leider wurde versäumt, diese richtige Erwägung auch auf den §. 55 anzuwenden, welcher das Wort „Verkauf" aus dem Entwurfe behalten hat. Daß man die bezügliche Strafvor-

Digitized by Google

schrift des §. nicht auf den Fall des Verkaufs als gerade dieser Veräußerungsart beschränken darf, liegt nach dem Vorstehenden auf der Hand.

Beiläufig mag hier noch erwähnt werden, wie das unter Holzberechtigten so häufig vorkommende Geschäft des „Verleihens" von Berechtigungsholze als einfache Veräußerung sich darstellt, bezeichne man das Geschäft nun als Tausch oder als mutuum, wenn anderes das Holz, z. B. Brennholz, als fungible Sache anzusehen ist, und daß in solchen Fällen der Abschluß eines Commodatvertrages wohl nie beabsichtigt wird.

b. Voraussetzung für die Strafbarkeit des Begünstigers ist seine Bekanntschaft mit dem Veräußerungsverbote.

Man wird mithin im einzelnen Falle zu prüfen haben, ob das Verbot auf ausdrücklicher gesetzlicher oder als solcher geltenden, wenngleich nur localen oder provinciellen Festsetzung beruht (wie z. B. für den Oberharz auf der mehrgenannten Forstwrogenclavis), oder ob ohne solche Bestimmung der Berechtigte lediglich durch den Inhalt und die Art der Berechtigung an der Veräußerung des Holzes behindert, dazu nicht befugt erscheint.

Während im letztern Falle gewiß der Beweis zu verlangen ist, der Begünstiger habe das Verbot, richtiger vielleicht die Rechtswidrigkeit der Veräußerung gekannt, möchte ersteren Falls der Hinweis auf den Satz genügen, daß das objective Recht Jeder kennen müsse.

c. Der §. 10 erklärt den Versuch für strafbar „bei Forstentwendungen und Beschädigungen".

Danach läßt sich behaupten, daß der Versuch der Ausübung anderer, nicht unter jene Kategorien fallender Forstvergehen (nämlich der „Vergehn in Bezug auf Forstberechtigungen" (§§. 51—59) und „sonstiger Forstvergehn" (§§. 60—69), straflos bleiben müsse.

Bei diesen Vergehn oder doch bei einzelnen derselben ist ein Versuch ebensowohl denkbar und möglich, wie bei Forstentwendungen und Beschädigungen, und es ist nicht abzusehn, weßhalb der Gesetzgeber für jene Vergehn eine Abweichung von den bestehenden allgemeinen Strafrechtsprincipien beabsichtigte, welche in dem Criminal- und dem Polizeistrafgesetze Ausdruck gefunden

Digitized by Google

haben. Soviel bekannt, wird in der Praxis wohl der Versuch anderer, nicht unter die Vorschrift des §. 10 fallenden Forstvergehn bestraft, vielleicht weil man annimmt, das Gesetz habe nur seine unzweifelhaft vorhandene Absicht unvollständig ausgesprochen.

d. Die §§. 11 und 13 bestimmen, daß „bei Bestrafung des Versuchs, der Beihülfe und Begünstigung nicht unter die in den §§. 33 und 36 angedrohten Minimalstrafen von bezw. 5 und 10 Gr. hinabzugehn sei.

Beide allegirte §§. haben lediglich die Bestrafung von Forstentwendungen zum Gegenstande, welche sie mit dem Doppelten resp. dem Dreifachen des Geldwerthes des entwandten Holzes bedrohen.

Offenbar passen diese Bestimmungen nicht für die Versuchsstrafen u. s. w. bei andern Forstvergehn, — denn bei welchen sollte man den Satz von 5 Gr., bei welchen andern den von 10 Gr. als Minimalstrafe anwenden?

Auch dürfte es etwas willkürlich sein, auf Grund der §§. 11 und 13 als die geringste Strafe für alle hier in Betracht kommende Fälle den Betrag von 5 Gr. hinzustellen, da, wenn wirklich die Absicht des Gesetzgebers auf eine solche generelle Anordnung gerichtet gewesen wäre, dieselbe Ausdruck nicht gefunden hat.

Namentlich ist noch zu berücksichtigen, daß der §. 10 den Versuch nur bei Forstentwendungen und Beschädigungen gestraft wissen will, weßhalb die Wahl der unvollständigen Fassung des §. 11 nicht fern lag.

Es fehlen mithin Minimalstrafen für alle Forstvergehn mit Ausnahme der Forstentwendungen, wenn es sich um die Bestrafung von Beihülfe und Begünstigung bei denselben handelt, bezw. wenn der Versuch einer Forstbeschädigung zu ahnden ist.

II. Zum besondern Theil des Gesetzes.

1. Der besondere Theil des Gesetzes enthält in den §§. 33—42 zunächst die Strafen für Forstentwendungen.

a. Der Begriff dieses Vergehens bestimmt sich nach den §§. 33 und 1 als Entwendung von Holz aus einer Forst, d. h. einer Holzung jeder Art und Größe.

Digitized by Google

Das Kriterium liegt also einfach in dem Umstande, daß das Holz sich in der Forst befand und aus dieser entwendet worden ist.

Darauf, wer Eigenthümer des Holzes war, ob der Forsteigenthümer selbst, oder ein Dritter, der von diesem das Eigenthum erworben hatte, kann Nichts ankommen, da in die klare Bestimmung des Gesetzes eine solche Einschränkung nicht willkürlich hineingelegt werden darf.

Die Verfolgung der Forstentwendungen wird, sofern polizeiliche Strafe verwirkt ist, demnach stets dem forstlichen Kronanwaltsvertreter anheimfallen, einerlei, ob der Forstverwaltung, oder dem dritten Erwerber die Entwendung zugefügt ist.

Der §. 8 der Criminalnovelle hat eine Aenderung dieses Princips bezüglich des Diebstahls von zugerichtetem Bau-, Nutz- und Brennholz nicht herbeigeführt, da der §. derartige Entwendungen nicht als Diebstahl im technischen Sinne charakterisirt, sondern nur die Strafvorschriften über einfachen Diebstahl auf sie anwendet.

b. Für die Bestrafung der Forstentwendungen besteht eine fünffache Scala; für die erste Stufe bildet Geldstrafe die Regel, für die zweite und dritte Geldstrafe oder verhältnißmäßiges Gefängniß, und für die beiden letzten Gefängniß und Werkhaus (§§. 33, 36, 37, 38, 41).

Für das gewerbmäßige Stehlen von Holz zum Verkauf, für den Holzdiebstahl in Banden und mit Waffen, und für die Entwendung von zugerichtetem Bau-, Nutz- und Brennholz im Werthe von bez. weniger oder mehr als 1 Thlr. bestehn daneben besondere Bestimmungen. (§§. 38, 39, bez. §. 8 der Novelle und §. 40.)

Von diesen abgesehn sind für die regelmäßige Strafscala Maximalstrafen von resp. dem duplum, triplum, quadruplum des Holzwerthes (sämmtlich zugleich die Regelstrafen) sechswöchentlichem Gefängniß und sechsmonatlichem Werkhaus vorgeschrieben, imgleichen Minimalstrafsätze für die erste, zweite, vierte und fünfte Stufe von 5 Gr., 10 Gr., 3 Tagen Gefängniß und 2 Monaten Werkhaus.

Für die dritte Stufe ist ein niedrigster Strafsatz nicht gegeben.

Digitized by Google

Der §. 37 lautet:

Die Strafe soll bis zum Vierfachen des Werthes steigen oder in verhältnißmäßigem Gefängniß bestehn u. s. w.

Man darf die Worte, es solle die Strafe bis zum quadruplum steigen, nicht so verstehn, als sei die Androhung facultativ, als könne dieser Betrag, müsse jedoch nicht erkannt werden.

Dem steht entgegen, daß im §. 33 dieselbe Ausdrucksweise für die Anwendung des duplum gebraucht ist, und daß diese Vorschrift ohne Zweifel als genügende gelten soll.

In der Begründung des Gesetzentwurfes wird bemerkt: das Zwiefache des Werthes sei als regelmäßige Strafe aufgestellt, bei erschwerenden Umständen aber das Dreifache und Vierfache zugelassen.

Stände billigen das proponirte Strafsystem und belassen es bei demselben.

Uebrigens lautete der §. 32 des Entwurfes (der jetzige §. 33. des Gesetzes):

wer Holz u. s. w. entwendet, verwirkt Geldbuße zum zwiefachen Werthe des Entwendeten.

Das Wörtchen „bis" ist späterer Redactionszusatz, vielleicht gewählt, um der Ueberschreitung des Satzes vorzubeugen.

Für die beiden ersten Kategorien des §. 37, erster und zweiter Rückfall und Concurrenz von mehreren, im §. 36 aufgeführten erschwerenden Umständen, wird die Minimalstrafe des §. 36, der Betrag von 10 Gr. anzuwenden sein, da schon der erste Rückfall und das Vorhandensein eines jener erschwerenden Umstände die Strafe des §. 36 zur Folge hat, und damit auch der Minimalsatz gegeben ist.

Wie aber, wenn eine der vier letzten Kätegorieen des §. 37 vorliegt, z. B. die Entwendung eines gepflanzten jungen Stammes, und der Werth des entwandten Objects weniger als 2½ Gr. beträgt, das quadruplum mithin unter 10 Gr. bleiben würde?

Unmöglich kann in solchen Fällen, wie wohl behauptet wird, der reine Wortlaut des Gesetzes entscheidend, und die Strafe des Vierfachen ohne jede Rücksicht auf den Holzwerth verwirkt sein.

Dem steht schon die Erwägung entgegen, daß für die in

Digitized by Google

einem und demselben §. des Gesetzes gleichmäßig bedrohten Vergehn nicht verschiedene Minimalstrafen bestehen dürfen.

Ferner das Bedenken, daß es der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechen möchte, für solche Vergehn, welche er mit der Strafe des Vierfachen belegt wissen will, einen niedrigeren Strafsatz als den zuzulassen, welcher als geringster die mit dem Dreifachen zu ahndenden Entwendungen treffen soll.

Endlich steht entgegen die Bestimmung der §§. 11 und 13, nach welcher die Strafe des Versuchs, der Beihülfe, und der Begünstigung nicht unter 5 resp. 10 Gr. hinabsinken soll.

Wenngleich dabei, offenbar unvollständiger Weise, lediglich die §§. 33 und 36, nicht auch §. 37, angezogen sind, so kann man doch gewiß behaupten, daß eine vollendete Entwendung höhern Grades nicht geringer gestraft werden dürfe, als der Versuch, die Beihülfe, und die Begünstigung bei solchen Entwendungen, denen das Gesetz selbst für den Fall der Vollendung eine niedrigere Strafe als jener ersteren droht.

Es möchte deßhalb gerechtfertigt sein, bei allen unter den §. 37 fallenden Entwendungen, deren vierfacher Werth unter 10 Gr. bleibt, den zunächst niedrigen Strafsatz von 10 Gr. des §. 36 zu wählen, und davon auch dann Gebrauch zu machen wenn es sich nur um den Versuch eines solchen Vergehns, bez. um Beihülfe oder Begünstigung bei demselben handelt.

c. Die Frage, ob für die nach §. 37 zu ahndenden Entwendungen eine höhere Strafe als das quadruplum zulässig sei, wenn einer oder mehrere erschwerende Umstände des §. 36 mit solchen des §. 37, oder wenn mehrere der letzteren mit einander concurriren, muß verneint werden, weil es sowohl wegen der bestimmten Strafandrohung des §. 37, wie aus allgemeinen Gründen unzulässig erscheint, die Bestimmung, welche für die Concurrenz mehrerer erschwerenden Umstände des §. 36 gegeben ist, weiter auszudehnen und hier analog anzuwenden.

d. Die Strafe des Vierfachen ist verwirkt, wenn der Dieb behuf des Diebstahls ein Spannfuhrwerk oder ein Wasserfahrzeug gebraucht hat. (§. 37, 4.)

Diese Bestimmung trifft zunächst solche Personen, welche um Holz zu entwenden eines jener Transportmittel mit sich ge-

Digitized by Google

führt haben, und auf demselben das gestohlene Holz fortschaffen.

Läßt sich die Strafvorschrift aber weiter auch dann anwenden, wenn Personen, die sich mit ihren Fahrzeugen aus andern Gründen in der Forst oder in deren Nähe befinden, bei dieser Gelegenheit Holz entwenden, und zwar von so geringer Quantität, daß sie es recht wohl ohne jene Transportmittel fortschaffen könnten, welche sie indeß benutzen, weil sie eben zur Hand sind?

Solche Fälle kommen namentlich auf dem Harze, wo die Communicationswege fast ohne Unterbrechung durch die Forst führen, sehr häufig vor.

Für die Verneinung der Frage möchte sprechen, daß der vom Gesetze gebrauchte Ausdruck: behuf des Diebstahls benutzt: darauf hinzudeuten scheint, daß das Spannfuhrwerk oder das Wasserfahrzeug als nothwendiges Mittel zur Ausführung der Entwendung sich darstellen mußte, m. a. W. daß das gestohlene Holz seiner Quantität wegen auf andere Weise wie durch Benutzung der fraglichen Transportmittel nicht fortgebracht werden konnte, oder daß dieselben wenigstens lediglich zu diesem Zwecke gebraucht wurden.

Allerdings haben die Diebe in den angeführten Beispielen die betreffenden Fahrzeuge ebenfalls „behuf des Diebstahls" benutzt, und es ist die Entdeckung der Entwendung in derartigen Fällen schwieriger, als wenn der Dieb das Holz trägt oder in einem Handkarren von da fortbringt.

Der Cabinetsentwurf drohte in dem §. 35 für diese Art der Entwendung das triplum; es heißt in dem §:

> wenn der Dieb zur Fortschaffung des Gestohlenen ein Spannfuhrwerk oder einen Kahn gebraucht hat.

Stände hielten dafür, daß derartige Vergehn „wegen ihrer größeren objectiven Gefährlichkeit" härter zu strafen seien.

Demgemäß ist die Strafandrohung erhöht, und bei der Redaction des Gesetzes die jetzige, offenbar engere Fassung als die des Entwurfs gewählt.

Es möchte daraus für die Ansicht, daß es betreffenden Falls lediglich auf das Quantum des Gestohlenen, bez. die

Digitized by Google

ausschließliche Benutzung der Transportmittel zur Fortschaffung desselben ankomme, genügender Grund entnommen werden können.

II. Forstbeschädigungen.
(§§. 42—50.)

a. Zerstörung und Beschädigung in Forsten ist nach §. 230 des Polizeistrafgesetzes zu ahnden, also, wenn der angerichtete Schaden den Betrag von 2 Thlr. nicht übersteigt, mit Geldbuße bis zu 10 Thlr. oder Gefängniß bis zu 8 Tagen, und bei höherem Schadensbetrage bis zu 10 Thlr. mit Geldstrafe bis zu 100 Thlr. oder Gefängniß bis zu 6 Wochen.

Es werden einzelne Arten von Beschädigungen aufgeführt, und es heißt dann im §. 46:

> Beschädigung durch Viehhütung in Forsten ist nach den §§. 232, 233 und 234 des Polizeistrafgesetzes zu ahnden.

Der hier wesentlich interessirende §. 232 des letztern Gesetzes lautet:

> Beschädigung durch Viehhütung ist ohne Rücksicht auf den Betrag des Schadens polizeilich zu bestrafen, und zwar nach den Strafbestimmungen des §. 230.
>
> Diese Strafe findet auch Statt, wenn der Schaden durch Fahrlässigkeit, namentlich dadurch herbeigeführt worden, daß nicht oder nicht gehörig gehütet ist.
>
> Bei Zumessung der Strafe ist auch auf die Zahl und Beschaffenheit des zum Schaden gegangenen Viehes zu sehn.

Nach §. 231 des Polizeistrafgesetzes ist bei Zumessung der Strafen des §. 230 auf die Größe des Schadens, dessen etwaigen Ersatz, und darauf, ob böswilliger oder muthwilliger Weise beschädigt ist, Rücksicht zu nehmen.

Soll also das Vergehn der Beschädigung durch Viehhütung vorliegen, so muß einmal wirklich Schaden verursacht sein, einerlei ob von höherem oder geringerem Betrage, und es muß ferner auf Seiten des Hirten ein Verschulden vorliegen, sei es Vorsatz, sei es Fahrlässigkeit.

Der Richter hat bei Zumessung der Strafen innerhalb der Schranken des 230 freien Spielraum.

Digitized by Google

b. Während man nach dem §. 46 des Forststrafgesetzes annehmen müßte, daß die darin citirten vorstehenden Grundsätze auch für Forstbeschädigung durch Viehhütung zu gelten haben, verordnen die §§. 47, 48 und 50 des Gesetzes scheinbar das directe Gegentheil.

Der §. 47 lautet:

Für die Zumessung der Strafe gelten folgende Regeln:

Der, dessen Vieh in der Forst betroffen wird, wo es nicht gehütet werden darf, verwirkt an Geldbuße: für ein Stück Rindvieh 12 Sgr. u. s. w., für ein Schaaf 4 Sgr. u. s. w.

Geht jedoch der Schaden nicht über zwei Thaler hinaus, so darf die Strafe zehn Thaler nicht überschreiten.

Im §. 48 wird das Doppelte der für die einzelnen Viehharten bestimmten Sätze angedroht, wenn die Viehhütung an Sonntagen u. s. w. geschah, oder wenn das Vieh in Zuschlägen betroffen wurde; die Maximalstrafe soll jedoch bei einem Schadensbetrage von unter 2 Thlr. die Summe von 20 Thlr. nicht übersteigen.

Soviel bekannt, werden die §§. 47 und 48 in der Praxis dahin aufgefaßt, daß es bei Forstbeschädigungen durch Viehhütung weder auf ein Verschulden des Hirten, noch darauf ankomme, ob überall Schaden geschehn sei, daß vielmehr einfach das Betreffen des Viehes in der Forst, wo es nicht betroffen werden dürfe, genüge, um die angegebenen Strafsätze zu erkennen, von denen in keinem Falle abzuweichen sei.

Die Folge dieser Auffassung ist die zahlreiche Ermäßigung der betreffenden Strafurtheile im Wege der Gnade, und die unter dem betheiligten Publicum gängige Redeweise: eine Kuh kostet 15 Gr., ein Schaaf 5 Gr. u. s. w.

Gegen die Richtigkeit der Auffassung dürften erhebliche Bedenken vorliegen.

Zunächst kommt in Betracht, daß der Gesetzgeber durch sein Allegat der §§. 232 ffg. im §. 46 des Forststrafgesetzes dieselben zu Bestandtheilen auch dieses Gesetzes gemacht hat, und man doch vernünftiger Weise nicht annehmen kann, es sei die Absicht gewesen, die allgemeinen und richtigen, im §. 46 auge-

Digitized by Google

zogenen Principien in den beiden folgenden §§. sofort wieder zu beseitigen.

Sodann ist der Ausdruck: der, dessen Vieh betroffen wird, wo es nicht gehütet werden darf: gewiß nicht anders wie dahin zu verstehn: daß das Vieh an dem Orte, wo es betroffen wurde, auch gehütet sein mußte, m. a. W.: daß es an diesen Ort vom Hirten vorsätzlich hingetrieben war, oder nur deßhalb dahin gelangte, weil der Hirt die Aufsicht über das Vieh in fahrlässiger Weise vernachlässigte.

Dafür sprechen die Worte des §. 48:

geschah die Viehhütung u. s. w.

Endlich ist nicht abzusehn, weßhalb der Gesetzgeber Forstbeschädigungen durch Viehhütung absolut härter gestraft wissen will, als die Beschädigung anderer Gegenstände, z. B. Saatfelder, durch Vieh.

Man wird demnach eine andere Auslegung der fraglichen Bestimmung des §. 47 suchen müssen, und eine solche liegt in der That nicht fern.

Das Wort „Regel" bedeutet nicht eine zwingende Vorschrift, sondern eine Festsetzung, von welcher je nach den Umständen abgegangen werden kann, wenn man auch zugeben darf, daß das Gesetz das Hinausgehen über die gegebene Regelstrafen nicht habe gestatten wollen.

Dem Richter sollen die Positionen des §. 47 nur einen Anhalt für die Strafzumessung geben.

Die Richtigkeit dieser Ansicht erhellt aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

In dem §. 46 des Cabinetsentwurfes ist das Wort „etwa" vor die bestimmten Geldsätze des jetzigen §. 47 gestellt.

In der Begründung wird bemerkt:

Die Strafe der Forstbeschädigung schließe sich, abgesehen von derjenigen für Forstentwendung, den betreffenden Bestimmungen des Polizeistrafgesetzes an. Strafandrohung in Verhältnißtheilen zum angerichteten Schaden, also bloß nach objectiven Gründen, scheine wegen der Verschiedenheit der subjectiven Gründe der Strafbarkeit nicht passend, weßhalb dem richterlichen Ermessen Raum zu geben sei. Nur bei Beschädigung durch Viehhütung haben nähere Bestimmungen mit Rück-

Digitized by Google

sicht auf Zahl und Ort des betreffenden Viehes nöthig geschienen, zumal man oft einen Schaden nicht mit Sicherheit ermitteln könne.

Indeß seien diese Bestimmungen nicht als feste Strafsätze, sondern als Anhaltspunkte für die richterliche Strafzumessung aufgestellt, was sich rechtfertige, weil oft wenige Stücke Vieh mehr Schaden anzurichten vermögen als ganze Heerden.

Stände haben das Wort „etwa" als überflüssig gestrichen, weil schon, der Eingang des §.: „für die Strafzumessung gelten folgende Regeln", besage, daß die genannten Geldbeträge nur als Anhaltspunkte für die richterliche Beurtheilung dienen sollen.

Nach dem Vorstehenden greifen die §§. 47 und 48 nur dann Platz, wenn ein Verschulden des Hirten indicirt ist, und es steht im Ermessen des Richters, je nach den Umständen des einzelnen Falles die angemessene Strafe zu wählen.

Zweifeln läßt sich nur darüber, ob für die Anwendung der fraglichen §§. der Umstand, daß Schaden geschehen, die Voraussetzung bilde, wie das nach den allgemeinen oben erörterten Principien erforderlich scheint.

Der Zweifel rechtfertigt sich dadurch, daß im §. 47 von dem Vorhandensein eines Schadens nicht gesprochen, das Strafbare vielmehr lediglich in dem Hüten des Viehes an verbotenem Orte gefunden wird.

Dann deutet auch der vorangeführte Passus aus der Begründung des Gesetzes darauf hin, daß wegen der Schwierigkeit der Schadensermittelung von dieser Voraussetzung der Strafandrohung abgesehen sei.

c. Im §. 50 wird als besondere Art der Forstbeschädigung der sogenannte Anlauf hingestellt, welcher vorliegt, wenn das Vieh nur hineinlaufend die Forst berührt hat.

Nach diesem Begriffe des Vergehns kommt es auf die Zufügung eines Schadens nicht an, lediglich das durch Verschulden des Hirten veranlaßte Hineinlaufen des Viehes, die Berührung der Forst, wenn also das Vieh sich nicht, um zu weiden, längere oder kürzere Zeit darin aufhielt, zieht die Strafe für den Hirten nach sich.

Hieraus läßt sich wohl schließen, daß auch dann, wenn das Vieh, ohne jedoch Schaden anzurichten, in der Forst verweilte, die Bestrafung des schuldigen Hirten gerechtfertigt ist.

Digitized by Google

Da nach der obigen Auffassung die §§. 47 und 48 dem Gerichte die beliebige Festsetzung einer Strafe freisteht, so hat die Vorschrift des §. 50, es solle im Fall des Anlaufs die Strafe nach den Umständen ermäßigt werden, ebenso wenig practische Bedeutung, wie das mitunter hervortretende Bestreben wegen der vermeintlich zwingenden und harten Strafbestimmungen der §§. 47 und 48 bei jedem Hütungsvergehn einen Anlauf herauszuinstruiren, eines genügenden Grundes sich erfreuen möchte.

d. Etwas auffällig sind noch die Strafvorschriften des §. 49, verglichen mit denen der §§. 47 und 48.

Nach §. 47 darf nämlich die Strafe den Betrag von 10 Thlr. nicht überschreiten, falls der Schaden 2 Thlr. oder weniger beträgt.

Mithin würde bei höherem Schaden nach §. 230 bez. 232 des Polizeistrafgesetzes Geldstrafe bis zu 100 Thlr. verhängt werden können.

Aus dem §. 48 geht die Absicht des Gesetzgebers hervor, Viehhütungen in Zuschlägen härter strafen zu lassen, als in anderen Forstdistricten; es sollen in solchen Fällen die Strafsätze des §. 47 bis zu 20 Thlr. verdoppelt werden, vorausgesetzt, daß der Schaden, wie man aus §. 47 subintelligiren muß, nicht mehr als 2 Thlr. beträgt.

Während nun in allen übrigen Fällen der Forstbeschädigung durch Viehhütung bei größerem Schadensbetrage als 2 Thlr. der Richter bis zu 100 Thlr. Geldbuße verhängen kann, soll nach §. 49 eigenthümlicher Weise höchstens Geldstrafe bis 50 Thlr. erkannt werden dürfen, wenn im Zuschlage an jungem Anfluge (Aufschlage) ein Schaden über 10 Thlr. angerichtet ist.

Man kommt also zu dem Widerspruch, daß, falls der Schaden an dem Anfluge weniger als 10 Thlr., aber mehr als 2 Thlr. beträgt, dann Geldstrafe bis zu 100 Thlr. zulässig ist, bei größerem Schaden jedoch nur bis zu 50 Thlr., und zu dem ferneren, daß Beschädigungen in Zuschlägen nur in dem Falle schwerer als in sonstigen Forstdistricten zu strafen sind, wenn sie unter dem Betrage von 2 Thlr. bleiben.

Die betreffenden Bestimmungen sind unverändert aus dem Entwurfe in das Gesetz aufgenommen.

Digitized by Google

Vernünftiger Weise muß man die Maximalstrafe des §. 49 auch für Zuschlagsbeschädigungen unter 10 Thlr. und über 2 Thlr. gelten lassen, und diesen Maximalsatz auch für sonstige Forstbeschädigungen durch Viehhütung über 2 Thlr. hinaus festhalten, wenn man zugeben will, daß sie dem Willen des Gesetzgebers entsprechend milder zu strafen seien, als solche in Zuschlägen.

Der §. 46, welcher durch das Citat des §. 232 des Polizeistrafgesetzes für die fraglichen Vergehen den Maximalstraffatz von 100 Thlr. statuirt, würde demgemäß restrictiv ausgelegt werden müssen.

Gewiß wäre es zweckmäßig gewesen, die mehrgedachten Vergehen als besondere Art der Forstvergehen hinzustellen und sie aus dem Abschnitte „Forstbeschädigungen" auszuscheiden.

III. Vergehn in Bezug auf Forstberechtigungen.

(§§. 51—60.)

1. Diese §§. drohen für eine Reihe von Uebertretungen der Holzberechtigten bei Ausübung ihrer Berechtigung Strafen an.

Während die §§. 51—54 mehr oder weniger Ordnungsstrafen enthalten von 5 resp. 10 Gr. bis zu 1 bez. 2 Thlr., schreibt der §. 55 für Verkauf oder Verwendung von Berechtigungsholze zu nicht gestattetem Zweck Geldbuße von 1—25 Thaler vor.

Die §§. 56 und 57 ordnen Strafen bis zu 10 Thlr. an für Ungehörigkeiten bei Ausübung der Bau- und Nutzholzberechtigungen, der §. 58 endlich bestimmt Geldbuße bis zu 2 Thlr. für sonstige nicht speciell genannte Vergehn der fraglichen Art.

Das Strafsystem ist einigermaßen sonderbar, man sieht nicht recht, wozu die große Verschiedenheit unter den einzelnen Bestimmungen, und weßhalb namentlich die Strafen des §. 55 so hoch gegriffen sind.

In der Begründung des Gesetzentwurfes befindet sich bezüglich der hier fraglichen Vorschriften nur die Bemerkung, daß man die bestehenden Principien sorgfältig berücksichtigt habe.

Stände haben einzelne unerhebliche Aenderungen beliebt.

Digitized by Google

Daß die Strafen für Ordnungswidrigkeiten des Berechtigten bei Ausübung seines Rechts in der Forst selbst, z. B. Benutzung von Hacken beim Holzlesen, bis zu 1, resp. 2 Thlr. steigen können, rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß die Berechtigung ihren Inhabern einen stets bereiten Vorwand zum Betreten der Forst gewährt, im Gegensatz zu andern Personen, welche an und für sich Nichts im Walde zu suchen haben, und deßhalb vielleicht zu einer sorgfältigeren Ueberwachung herausfordert.

Für die hohen Sätze des §. 55 möchten indeß schwerlich innere Gründe sprechen, es ist nicht ersichtlich, warum die Minimalstrafe so erheblich höher gesetzt ist als selbst bei ausgezeichneten Forstentwendungen.

Geht der Abgabe des Holzes im einzelnen Falle eine sorgfältige Prüfung und Constatirung des Bedürfnisses voran, und wird eine periodische Revision des Verbrauches, wie im Harzbezirke bez. dem Berechtigungskreise der Harzforsten üblich, vorgenommen, so kann die Entdeckung der nicht gestatteten, mißbräuchlichen Verwendung nicht schwer fallen.

Bei einer solchen Revision liegt auch die Gefahr nicht nahe, daß die unstatthafte Verwendung des Berechtigungsholzes eine Ausdehnung der Berechtigung anbahne und nach sich ziehe.

In der That muß man in einzelnen Fällen, namentlich bei ganz geringem Werthe des Holzes, mitunter bedauern, daß die Strafe von 1 Thlr. nicht zu umgehen ist.

2. Abgesehn von den Strafandrohungen geben die §§. 51—59 auch in sonstigen Beziehungen zu Bedenken und zum Streit über ihre Bedeutung Anlaß.

Die Handlungen, welche der dritte Abschnitt des Gesetzes aufführt, sind nicht objectiv und nicht an und für sich strafbar.

Sie werden vorgenommen zur Ausübung eines Rechtes und sie finden, falls sie sich als Ueberschreitungen der in der Berechtigung liegenden Befugnisse darstellen, nach allgemeinen Grundsätzen ihre Remedur lediglich in den Rechtsmitteln des Civilrechts, welche dem Eigenthümer der verpflichteten Forst in gleicher Weise zu Gebote stehn, wie bei anderen Realberechtigungen.

Daß dieser Schutz hier nicht ausreiche, hat man von jeher anerkannt.

Digitized by Google

In welchen Zustand würden die Forsten gerathen, wenn wegen jeder mißbräuchlichen oder unbefugten Ausübung einer Forstberechtigung ein Proceß angestrengt werden sollte mit allen Formen und Weitläuftigkeiten und mit der fernliegenden Aussicht auf definitive Entscheidung?

Würde wohl ein Forsteigenthümer dazu sich bereit finden lassen und nicht lieber vorziehen, möglichst schnell die Forst abzutreiben, um wenigstens einigen Gewinn davon zu haben, selbst auf die Gefahr hin, sich den Civilklagen der Berechtigten auszusetzen?

Könnte der Staat in seiner pflichtmäßigen Fürsorge für die Erhaltung der Wälder ein solches Ansinnen an die Forsteigenthümer stellen?

Die Unzuträglichkeiten eines derartigen Zustandes hat man stets lebhaft empfunden, und es finden sich schon in älteren Gesetzen Strafvorschriften für unzulässige Ausübung von Forstberechtigungen.

Die Rechtmäßigkeit solcher Strafandrohungen ist durch das bedeutende volkswirthschaftliche Interesse des Staates an der pfleglichen Bewirtschaftung und Conservirung der Forsten begründet, zu dessen Wahrung sich die Staatsgewalt im Besitz der Forsthoheit und der Forstpolizei befindet.

Von diesem Gesichtspunkte aus stellen die fraglichen Androhungen sich dar als Schutzmittel für den Forsteigenthümer gegen die unzulässige Ausdehnung bestehender, bez. den Erwerb neuer Berechtigungen an seiner Forst, wie schon die Ueberschrift des Abschnitts ergiebt: „Vergehn in Bezug auf Forstberechtigungen."

Dem entsprechend ist auch die Bestimmung aufzufassen, daß die betreffenden Handlungen, um strafbar zu erscheinen, „verboten" oder „unbefugt" geübt sein müssen.

Es kann das nicht den Sinn haben: Die Vornahme der Handlung muß ausdrücklich verboten sein, es muß ein polizeiliches Verbot vorliegen — der Ausdruck kann vielmehr nur bedeuten: Die Berechtigung darf zu den Handlungen nicht die Befugniß gewährt haben, sie müssen als Ueberschreitungen der Berechtigung sich qualificiren, civilrechtlich unzulässig sein.

Digitized by Google

Daß diese Eigenschaft der Handlungen erwiesen werden muß, liegt auf der Hand.

Der Strafrichter kann zu dem Ende Anstellung der Civilklage aufgeben, der Beweis ist aber zu erbringen auch durch Verträge und Recesse über die fragliche Berechtigung, durch früher ergangene Urtheile, durch die einseitigen Concessionsurkunden, welche das betreffende Recht verliehen haben (solche sind recht häufig), ja, es können selbst ausdrückliche gesetzliche oder als solche zu betrachtende Verbote vorliegen, wie z. B. die mehrgenannte Forstwrogenclavis für den Oberharz einzelne enthält.

So im Caput II Nr. 20: wenn Feuerholz an und von Handwerkern ohne Vorwissen verborgt wird, soll es ebenso wie der Verkauf bestraft werden.

Daß übrigens die in Betracht kommenden Handlungen nothwendig als Ausübung der, wenngleich unzulässiger Weise überschrittenen Berechtigung erscheinen müssen und nicht sonstige Vergehn, z. B. Forstentwendung, involviren dürfen, ist selbstverständlich.

Der §. 2 des Gesetzes bemerkt in dieser Beziehung, wie die Strafbestimmungen gleichmäßig gelten sollen, einerlei ob der Frevler in anderer Hinsicht in der Forst berechtigt sei oder nicht.

Ebenso wie gegen die unbefugte Ausdehnung des Rechtes kann die Staatsgewalt einschreiten auch gegen eine, über das civile Maaß hinausgehende, übrigens innerhalb der rechtlichen Schranken sich haltende Ausübung, und sie ist endlich befugt, forstpolizeiliche Vorschriften zu treffen zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Forst und zur Ermöglichung einer regelrechten Wirthschaftsführung.

So ist im §. 53 unbedingt verboten das Sammeln von Laub oder Leseholz an Sonn- und Festtagen und vor oder nach Sonnenuntergang, das Abfahren des Holzes vor oder nach der etwa bestimmten Zeit u. a. m.

Vorschriften dieser Art können jederzeit gegeben werden, sie dürfen indeß eine materielle Beeinträchtigung der Berechtigungen weder beabsichtigen noch bewirken.

In dem Cabinetsentwurfe war in dem Abschnitte „sonstige Forstvergehn" als §. 70 die Bestimmung enthalten, daß sonstige

Digitized by Google

Uebertretungen forstpolizeilicher, Schutz, Bewirthschaftung oder Benutzung der Forst bezielenden Vorschriften mit Geldbuße von 4 Sgr. bis 2 Thlr. zu ahnden seien.

Stände erklärten diesen §. für überflüssig, weil die darnach mit Strafe bedrohten Uebertretungen sich nicht übersehen lassen, und weil hinsichtlich der für das Gesetz nur in Frage kommenden forstpolizeilichen und Forstschutz bezielenden Vorschriften schon die §§. 7 und 8 des Entwurfs der Königlichen Regierung die nöthige Ermächtigung verleihen.

3. Zu den einzelnen §§. ist noch zu bemerken:

a. Der §. 55 droht Strafe für Denjenigen, welcher zu Bau-, Nutz- oder Brennholz berechtigt, das ihm angewiesene Holz, sofern dies verboten ist, verkauft oder zu nicht gestattetem Zwecke verwendet.

Das Verbot bezieht sich nach dem Wortlaute gleichmäßig auf den Verkauf, wie auf die Verwendung zu nicht gestattetem Zwecke, und wird nach dem Vorstehenden dahin verstanden werden müssen, daß die vorhandene Berechtigung zu beiden Handlungen keine Befugniß verliehen hatte.

Gleichbedeutend mit dem Verbote scheint der Ausdruck: „zu nicht gestattetem Zwecke", d. h. nicht erlaubtem, verbotenem, dem Inhalt der Berechtigung zuwiderlaufenden Zwecke.

Es wird darüber gestritten, ob die nicht gestattete Verwendung auf diesen Fall zu beschränken sei, also z. B. wenn Bauholz als Feuerholz gebraucht ist, oder ob auch der Fall hierher gehöre, wenn das Holz nicht zu dem speciellen und bestimmten Zweck benutzt wurde, für welchen dasselbe vom Berechtigten angefordert und vom Verpflichteten, nach Constatirung des Bedürfnisses, abgegeben war?

Man kann sagen: sind die Worte des Gesetzes „zu nicht gestattetem Zwecke", gleichbedeutend mit dem Ausdrucke „nicht zu dem gestatteten Zwecke"?

Derartige Fälle sind zahlreich, z. B. die Verwendung von Dielen, welche zu Fußböden abgegeben wurden, zum Beschlagen der Außenwände eines Hauses u. d. m.

Nach der hiesigen Auffassung greift der §. 55 auch für solche Fälle Platz.

Die Forstprogenclavis bestimmt im Caput II §. 8, daß

Digitized by Google

der, wer verwilligtes Bauholz nicht „ad destinatum usum“ verbrauche, dasselbe bezahlen müsse, als wenn er es gestohlen.

Diese Vorschrift, und das sorgfältige Verfahren, welches den in den Harzforsten Berechtigten gegenüber zur Ermittlung und Prüfung des bei der Holzanforderung speciell zu bezeichnenden Bedürfnisses angewendet wird, mögen zu jener Auslegung des §. 55 geführt haben.

Unverkennbar ist das Argument nicht ohne Gewicht, daß das Gesetz doch wohl das Erforderniß des Verbotes im §. 55 nicht zweimal mit verschiedenen Ausdrücken habe aufstellen wollen, weßhalb die Worte: zu nicht gestattetem Zwecke, nothwendig etwas anderes bedeuten müssen und eben nichts anderes besagen können, wie die Verwendung ad non destinatum usum, nicht zu dem gestatteten, in concreto bestimmten, sondern zu einem andern Zwecke, mag für diesen eine Berechtigung gleichfalls bestehen oder nicht.

Uebrigens gewährt eventuell der §. 58 Aushülfe, in welchem für sonstige Vergehungen der Holzberechtigten hinsichtlich der Entnehmung oder Verwendung des Holzes Geldbuße bis zu 2 Thlr. gedroht wird.

b. Nur der ist nach §. 55 strafbar, wer das ihm angewiesene Holz verkauft u. s. w.

Kann man diese Vorschrift auch dann anwenden, wenn nicht der Empfänger selbst oder ein Dritter in seinem Auftrage, sondern z. B. sein Erbe die Veräußerung vornimmt?

Die Worte des Gesetzes nöthigen zur Verneinung der Frage, und es dürfte zu einer nach allgemeinen Grundsätzen unzulässigen Ausdehnung der Bestimmung für derartige Fälle um so weniger Anlaß vorliegen, als der citirte §. 58 auch hier Aushülfe schafft.

c. Der §. 57 bedroht mit Geldstrafe bis zu 10 Thlr. den Bauholzberechtigten, welcher das ihm angewiesene Bauholz ohne genügenden Grund nicht binnen zwei Jahren oder der im einzelnen Falle etwa vorgeschriebenen Zeit verwendet.

Allgemeine Principien sowohl, wie der Sinn der Vorschrift lassen es zweifellos erscheinen, daß die Strafe nur einmal erkannt und nicht wiederholt werden darf, wenn nach ihrer ersten Ver-

Digitized by Google

hängung abermals ein zweijähriger Zeitraum, bez. die von neuem für die Verwendung bestimmte Frist abgelaufen ist.

Das wohl an die Gerichte gestellte Ansinnen, in solchen Fällen beim Zuerkennen der Strafe ihrerseits eine Frist vorzuschreiben, ist gewiß mit vollem Recht zurückgewiesen, weil das Gesetz sowenig, wie sonstige Gründe dazu eine Befugniß verleihen.

---

7. Controversen aus dem lüneburgschen Meierrechte.

Vom Herrn O.-G.-R. Stromeyer in Celle.

(Fortsetzung der Aufsätze in Band VI p. 91, 225 u. 381 des N. Mag.)

Von Abfindungen.

39. Welche Vermögenstheile sind bei der Feststellung von Abfindungen in Anschlag zu bringen?

Wenn ein Meier mehrere Kinder hat, so succedirt bei seinem Abtreten nur eins derselben in den Hof, die übrigen müssen sich mit Abfindungen begnügen.

Im Fürstenthum Lüneburg werden regulariter nur vom allodio Abfindungen gegeben. Die Redintegrations-Ordnung §. XI bestimmt:

„daß den übrigen Kindern aus dem Allodio des verstorbenen coloni ihre gehörige Abfindung geschehe"

und zählt die zum allodio gehörenden Vermögenstheile auf.

In der Grafschaft Hoya wird, wie Palm S. 63 bezeugt, in dem Falle, wenn ein großer Hof so verschuldet ist, daß die Geschwister des Hofannehmers aus dem allodio nichts bekommen können, den Töchtern eine geringe Summe, etwa 5—10 Rthlr. aus dem Hofe verschrieben, damit sie nicht undotirt bleiben. Auch im Lüneburgschen ist Aehnliches vorgekommen, das dann Gegebene ist aber als ein Ehren halber gegebenes Geschenk und nicht als die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung anzusehen. Eine Abfindung aus dem Hofe kann nicht verlangt werden. In Ehestiftungen findet man zwar nicht selten: die Abfindung

Digitized by Google

der jüngeren Kinder vom Hofe und dem gesammten Vermögen der Eltern werde dahin festgestellt ꝛc. — aber das ist ein incorrecter Ausdruck.

1) Bei der Feststellung der Abfindungen kommt der Werth des Hofes, — und der Werth des dem Meier daran zustehenden Nutzungsrechtes (das commodum juris colonarii) nicht in Betracht, weil die Polizei-Ordnung cap. 44 §. 4 bestimmt:

„Ist es aber Schillingsgut, so darf derjenige, dem der Hof durch den Gutsherrn geliehen wird, seinen Miterben wegen Aecker und Wiesen nichts geben, dann sie nicht ihm, sondern dem Gutsherrn zuständig sein"

und weil aus den in der Redintegrations-Verordnung cap. II angeführten Motiven für die dann folgenden Bestimmungen darüber, was zum Hofe und was zum allodio gehöre, zu ersehen ist, daß bei der Feststellung der Abfindungen nur das allodium in Betracht gezogen werden soll. [1])

2) Selbst wenn der Erblasser den Hof erst angekauft hat, haben die Geschwister des Anerben keinen Anspruch auf Theilung des Werths des Hofes oder auf Ersatz des zu jenem Ankaufe verwendeten Geldes, — nicht einmal auf einen Pflichttheil von den Kaufgeldern.

---

[1]) Die bei älteren Schriftstellern häufig vorkommenden Erörterungen der Streitfrage, ob bei der Berechnung der Abfindungen das commodum juris colonarii in Betracht zu ziehen sei, beziehen sich nur auf die andern Provinzen, nicht auf das Fürstenthum Lüneburg. Strube, welcher das Meierverhältniß als eine Pacht ansah, nimmt an, daß auf das commodum juris colonarii Rücksicht zu nehmen sei, wenn nicht Provinzialgesetze eine Ausnahme begründen, wie das im Lüneburgschen der Fall sei. Strube de jure vill. cap. III §. 20 und 21, Strube's rechtl. Bed. Bd. I 56. Pufendorf, welcher lehnrechtliche Vorschriften auf das Meierverhältniß anwendet, will das commodum j. c. nicht berücksichtigt wissen, Pufendorf IV obs. 145 und 179, v. Rambohr III 132, ebensowenig Bülow und Hagemann VII 57.

Seuffert Archiv Bd. XV Nr. 41 theilt zwei Erk. des O.-A.-G. Celle, Sen. II, in Fällen aus dem Herzogthum Bremen und Verden, mit, welche aussprechen, daß das commodum colonarium bei Feststellung von Abfindungen nicht in Betracht komme.

Digitized by Google

Präjudiz:

Urtheil des gr. Senats des O.-G. Celle vom 4. Juni 1860 i. c. Ehefrau Schulze c. Kronjäger'schen Concurs-Curator.

Der Oekonom Kronjäger hat 1853 einen durch Ablösung frei gewordenen Meierhof zu Hagen gekauft, und ist 1854 gestorben mit Hinterlassung eines Sohnes und einer Tochter. Der Sohn hat den Hof angetreten und ist 1858 gestorben. In dem über seinen Nachlaß ausgebrochenen Concurse hat seine Schwester eine Abfindung gefordert, und dabei principaliter die Hälfte der Summe beansprucht, welche ihr Vater zum Ankaufe und zur ersten Einrichtung des Hofes verwandt habe ꝛc., eventuell den Pflichttheil von den zu dem inofficiösen Hofankaufe verwandten Geldern. In den Entscheidungsgründen des Urtheils ist ausgesprochen:

Der Liquidantin stehe nach §. 2 der Verordn. vom 23. Juli 1833 ein Abfindungs-Anspruch zu, zum Betrage ihrer Intestatportion vom väterlichen Allodial-Nachlasse. Zum Allodio können aber die vom Vater zum Ankaufe und der ersten Einrichtung des Hofes verwandten Gelder nicht gerechnet werden. Auch der angekaufte Hof selbst, in welchen bei des Vaters Tode nach Meierrecht succedirt sei, könne als Allodium nicht betrachtet werden. Auch von einem Pflichttheile von den Hofes-Kaufgeldern könne bei Berechnung der Abfindung nicht die Rede sein, da gesetzliche Vorschriften nicht existiren, welche die Pflichttheilsrechte der Kinder gegen derartige Dispositionen unter Lebenden sichern, und da die querela inofficiosae donationis seu dotis auf den vorliegenden Fall nicht analog angewandt werden könne. Ein Anspruch auf Verzinsung einer Abfindungsforderung trete erst nach erfolgter Feststellung derselben ein.

Berufung ist nicht erhoben.

In gleichem Sinne hat das O.-A.-G. zu Wolfenbüttel am 23. October 1849 erkannt, Seuffert Archiv Bd. XI Nr. 264, und das O.-A.-G., Sen. II, zu Celle am 16. Decbr. 1847 in einem Falle aus dem Herzogth. Bremen und Verden, Seuffert Archiv XII Nr. 285.

Eine ähnliche Entscheidung aus dem Hoyaschen s. bei Niemeyer S. 104 und 115. Uebereinstimmt v. Ramdohr III 143. Wegen des Pflichttheils an den Kaufgeldern ist a. M. Pfeiffer S. 257.

Digitized by Google

3) Wegen der erforderlichen Berücksichtigung des zur Ablösung von Hofes-Lasten verwandten Allodialvermögens cf. Abh. 40.

Das gesammte allodiale Vermögen wird nach dessen Bestande und Werthe zur Todeszeit des Erblassers (cf. Abh. 41) abgeschätzt, und die ermittelte Werthsumme — mit Einschluß der Geldsummen, welche der Anerbe als Hälfte des Taxwerthes der neuen Gebäude und der nicht eingeernteten Früchte in die Masse einzahlen muß, ferner auch mit Einschluß des Taxwerthes des von ihm in natura übernommenen Wirthschaftsinventars, — wird den abfindungsberechtigten Kindern zu gleichen Theilen zugetheilt, so, daß auch der Anerbe seinen Antheil davon erhält. Häufig werden geräumige Zahlungstermine verabredet. Wegen der Fälligkeitszeit cf. Abth. 45. Wenn den Abfindlingen einzelne Sachen in natura zugetheilt werden, wird ihnen deren Werth angerechnet. Dem Anerben verbleibt in der Regel das ganze Wirthschaftsinventar in natura. Ob er ein Recht darauf habe, dasselbe — unter Anrechnung seines Werthes — in natura zu behalten, ist in neuerer Zeit streitig geworden.

Im Lüneburgschen ist unter den Bauern seit alten Zeiten die Meinung allgemein verbreitet gewesen, daß der Anerbe das Wirthschaftsinventar in natura behalten dürfe, den Abfindlingen aber ihren Antheil am Taxwerthe zu vergüten habe. Dafür spricht auch die Bestimmung im cap. 44 §. 4 der Pol.-O., daß der Hofannehmer sich wegen der fahrenden Habe mit seinen Miterben abzufinden habe. In einem von Pufendorf II. obs. 33 mitgetheilten Urtheile vom 27. April 1706 aus dem Hoyaschen wird jene Ansicht als Landes-Observanz bezeichnet.

Die Grafschaft Hoya anlangend ist in neuerer Zeit die gegentheilige Ansicht approbirt vom gr. Senate des O.-G. Nienburg am 7. April 1856 i. c. Kleinschmidt c. Block und vom O.-A.-G. am 12. Mai 1859 i. c. Klocke c. Klocke (cf. Niemeyer §. 25 Nr. 5 und 6). Auch hat sich Frank S. 61 für diese Ansicht ausgesprochen.

Niemeyer dagegen (§. 25 S. 139—149) vertheidigt die ältere Ansicht und unterstützt dieselbe durch die sub nris 2, 3, 7, 8, 9 und 12 mitgetheilten Urtheile desselben gr. Senats und

Digitized by Google

des O.=A.=G., Sen. I, aus den Jahren 1856—1861. Die Praxis ist demnach schwankend geworden.

Das öffentliche Interesse an dem Gedeihen der Höfe läßt es wünschenswerth erscheinen, daß die ältere Ansicht in Geltung bleibe; denn mit Recht führt Niemeyer S. 149 aus, daß es dem antretenden Wirthe sehr erschwert werde, die Wirthschaft auf dem Hofe ohne Unterbrechung fortzuführen, wenn er nicht zugleich mit dem Hofe das Wirthschaftsinventar erhalte. Das Gesetz (die Red.=O.) redet freilich dem Anerben nicht das Wort, da es bezüglich des Wirthschaftsinventars nichts anderes verordnet, als bez. des übrigen Allods. So ist denn zu befürchten, daß die Gerichte auch im Lüneburgschen eine dem Anerben günstige Observanz nicht ferner anerkennen werden. Der Anfang ist damit gemacht durch das Urtheil des O.=A.=G., Sen. II, vom 6. Januar 1864 i. c. Reinhardt zu Trebel c. Reinhardt zu Grabow, wegen Herausgabe einer Anbauerstelle.

Der Kläger hat, — gestützt auf das ihm als ältestem Sohne zustehende Anerbenrecht, vom Beklagten die Herausgabe der väterlichen Anbauerstelle nebst Inventar und Früchten verlangt.

Der gr. Sen. des O.=G. Lüneburg hat unterm 5. Juni 1862 erkannt: die Meierpflichtigkeit der fragl. Anbauerstelle sei bewiesen. Falls der Kläger beweise, daß sein verstorbener Vater meierrechtlicher Eigenthümer der fragl. Stelle gewesen sei, solle der Beklagte schuldig erkannt werden, die fragl. Stelle nebst Inventar und Früchten herauszugeben.

Das O.=A.=G., Sen. II, hat mittelst Urtheils vom 6. Januar 1864 — insoweit der Berufung des Beklagten Statt gebend, — erkannt: der Kläger werde mit seinem auf Herausgabe des Inventars gerichteten Anspruche abgewiesen. Gründe:

— — in Erwägung, daß dagegen die Beschwerde des Beklagten insofern begründet erscheint, als neben der Stelle ein Inventar ohne nähere Bezeichnung der einzelnen Objecte gefordert und zuerkannt ist, während das Anerbenrecht des Klägers ihm nur einen Anspruch auf den Theil des Allodii, welcher mit dem Grund und Boden verbunden, und also als Theil der Stelle selbst anzusehen ist, und auf diejenigen Inventarien=Stücke gewährt, welche der Anerbe nach Vorschrift der Verordn. vom

Digitized by Google

1. Juli 1699 im voraus erhält, deren Vorhandensein aber nicht einst behauptet ist.

---

40. Von der Berücksichtigung des zur Ablösung von Hofes-Lasten verwandten Allodialvermögens bei der Festsetzung von Abfindungen.

Die Verordn. vom 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der in Folge der Verordn. vom 10. November 1831 durch Ablösung frei gewordenen Güter bestimmt in §. 4:

In den Fällen, wo die Abfindung der abgehenden Kinder vom Gute nach dem Allodio sich richtet, soll in Ermangelung abändernder Verfügung des Erblassers dasjenige, was zur Befreiung des Guts von Lasten aus dem Allodio aufgewandt worden ist, bei der Berechnung der Abfindung in Rücksicht gezogen werden.

Es fragt sich, wie das zu machen sei?

Im Neuen Magazin für hannov. Recht, Bd. II S. 249, ist gesagt: man werde durch diese Bestimmung genöthigt die Ablösungsgelder als ein Activum der Allodialerben gegen den Anerben zu betrachten.

Das ist richtig. Die Ablösungsgelder werden als eine Forderung der Allodialerben gegen den Anerben dem übrigen Allodialvermögen beigezählt, und von dem Anerben eingezahlt oder ihm als seine Schuld angerechnet. Jeder der Allodialerben — also auch der Anerbe — erhält von den Ablösungsgeldern seinen Antheil. Wenn aber das Ablösungs-Capital vom Erblasser noch nicht bezahlt, vielmehr angeliehen war, so wird diese Schuld zuvörderst aus der Allodialmasse berichtigt oder dem Anerben die dazu nöthige Summe aus der Allodialmasse zugetheilt.

Nach diesen Grundsätzen ist erkannt vom vormaligen Amte Burgdorf mittelst Erk. vom 29. April 1851 in Sachen des Dienstknechts Fricke zu Alten-Warmbüchen, Klägers, gegen den Halbhöfner Fricke zu Heeßel, wegen Vervollständigung der Abfindung vom väterlichen Hofe.

In diesem Falle hatte der Kläger behauptet, durch die Fest-

Digitized by Google

stellung seiner Abfindung in einem zwischen seinen Vormündern und seinem ältesten Bruder — dem Beklagten — abgeschlossenen Vertrage vom 19. December 1845 erheblich verletzt zu sein, hatte Restitution gegen diesen Vertrag und Erhöhung seiner Abfindung beantragt. Es lag deshalb dem Kläger ob, nachzuweisen, wie groß das von seinem Vater nachgelassene Allodialvermögen gewesen sei. Beide Theile waren darüber einig, daß ihr verstorbener Vater behuf Ablösung des Zehntens ein Capital von 700 Rthlr. angeliehen habe, und daß dasselbe noch nicht abgetragen sei. Der Kläger war aber der Ansicht, daß diese Schuld lediglich den Hof belaste, während der Beklagte sie als eine aus dem Allodialvermögen zu bezahlende Schuld ansah.

Erkannt ist:

Soll eine richtige Berechnung herauskommen, so muß der Betrag des zur Ablösung Aufgewendeten als eine Forderung der Allodialmasse an den Anerben angesehen werden, wovon also dieser als Miterbe in das Allodium ebenfalls seinen Antheil bekommt, so daß er nur den auf die übrigen Miterben fallenden Theil der Forderung herauszuzahlen braucht.

Digitized by Google

II.

Amtliche Nachrichten.

1. General-Rescript des Königl. Justizministerii vom 1. Febr. 1866, betreffend die Functionen der Vicepräsidenten der Obergerichte.

Zur Ergänzung der durch Unsere Bekanntmachung vom 8. April 1859 erlassenen, die Ausführung der Gesetze über die Gerichtsverfassung betreffenden Vorschriften bestimmen Wir hiermit:

Die Vicepräsidenten der Obergerichte haben in denjenigen Justizverwaltungssachen, in denen eine Mitwirkung der „ältesten Räthe" vorgeschrieben ist, namentlich bei der nach §. 14 des Gesetzes über die Bildung der Schwurgerichte vom 24. December 1849 vorzunehmenden Reduction der Geschworenenlisten, die Stellung eines ältesten Raths.

2. Rescript des Königlichen Justizministerii vom 8. März 1866, betreffend die Auslegung des §. 46 Nr. 3, des Gebührengesetzes vom 8. Nov. 1850.

Die in dem Berichte vom 13. Januar d. J., die Gebührentaxe ꝛc. betreffend, Uns zur Kenntniß gebrachte Auffassung, welche der §. 46 Nr. 3 des Gebührengesetzes vom 8. November 1850 bei dem 1. großen Senate des hiesigen Königlichen Obergerichts gefunden hat, können wir für eine zutreffende nicht halten. Wir sehen Uns deshalb veranlaßt, Unsere Ansicht über die in

Digitized by Google

Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen dem Herrn Präsidenten nachstehend zu eröffnen.

Die bürgerliche Proceßordnung läßt im regelmäßigen Verfahren die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch je einen Schriftsatz der Parteien erfolgen (§. 184. §. 191), und gestatten weitere Schriftsätze, namentlich Replik und Duplik nur im außergerichtlichen schriftlichen Vorverfahren, bezw. im schriftlichen Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung (§§. 207 flgde. und 406 flgde.) Damit ist die weitere Verhandlung vorbereitender Anträge im regelmäßigen Verfahren freilich nicht ausgeschlossen, vielmehr, wo im einzelnen Falle ein solches Verfahren als zweckmäßig sich darstellt, dessen Zulässigkeit im Sinne des Gesetzes unbedenklich anzuerkennen, wenn nur der processualische Charakter vorbereitender Anträge dabei gewahrt wird, namentlich also die erforderliche Mittheilung an die Gegenseite und die Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei in vorgeschriebener Weise und zeitig erfolgt.

Es mangelt an diesen Voraussetzungen, falls derartige Schriftsätze etwa erst bei der mündlichen Verhandlung überreicht werden. Sie können in solchem Falle nur dem Zwecke einer Erleichterung und Abkürzung der Protocollführung dienen und stehen unter dem Gesichtspunkte des §. 102 der bürgerlichen Proceßordnung, nach welchem die schriftliche Feststellung des mündlichen Vorbringens, soweit dieselbe erforderlich ist, entweder durch schriftliche Bemerkungen der Parteien zum Sitzungsprotocolle, oder im Sitzungsprotocolle selbst erfolgen kann.

Anlangend den Gebührenbezug für die hier fraglichen Schriftsätze, so kann zunächst die Vorschrift des §. 46 (Nr. 3) des Gebührengesetzes, derzufolge als Schriftsätze erster Gattung gelten Replik und Duplik, „falls diese gerichtsseitig gestattet sind", nur auf die vorhin hervorgehobenen außerordentlichen Verfahren sich beziehen, weil proceßordnungsmäßig lediglich in diesen Fällen Replik und Dublik gerichtsseitig gestattet werden können, das Gebührengesetz aber im engsten Anschluß an die Proceßordnung auszulegen ist. Es tritt aber noch hinzu, daß mit Rücksicht auf die Voraussetzung, unter welcher jene außerordentlichen Verfahrungsarten überhaupt zulässig sind, die in den letzteren verhandelten weiteren Schriftsätze dem Gesetz-

Digitized by Google

geber im Allgemeinen von größerer Schwierigkeit und Bedeutung erscheinen mußten, als die im regelmäßigen Verfahren von dem Gesetze, wenngleich nicht ausdrücklich gestatteten Repliken und Dupliken.

Wo jene Voraussetzung nicht zutrifft, werden etwaige Schriftsätze, welche vorbereitend über die regelmäßigen Klage- und Gegenanträge hinaus verhandelt sind, nach §. 47 (Nr. 1) des Gebührengesetzes, nur als Schriftsätze zweiter Gattung zu vergüten sein. Es wird dieses nach Maßgabe des im §. 49 der bürgerlichen Proceßordnung ausgesprochenen Princips, dann von den Gerichten zuzulassen sein, wenn dieselben dafür halten, daß der betreffende Schriftsatz für die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nothwendig oder diensam gewesen, während anderen Falls überall nichts für denselben zuzubilligen sein wird.

Das Letztere muß endlich in allen denjenigen Fällen eintreten, in welchen, wie oben hervorgehoben, eingereichte Schriftsätze nur einer Erleichterung der Protocollführung dienen.

Digitized by Google

III.

Miscellen.

Das Grundstück des Aebutius.

Ein processualisches Drama in zwei Acten.

Von C. C. E. Hiersemenzel.

Abgedruckt aus der Deutschen Gerichts-Zeitung.

Ort und Zeit der Handlung: Rom im Jahre 699 nach Erbauung der Stadt. [1])

Erster Act.

Verfahren vor dem Praetor (in jure).

Forum Romanum: [2]) ein viereckiger, seiner Länge nach von Nordwest nach Südost gestreckter, durchweg mit Travertinplatten belegter Platz, [3]) auf allen Seiten eingefaßt von Wegen, die mit unregelmäßigen

[1]) Es schien mir aus mehreren Gründen zweckmäßig, als „Zeit der Handlung" gerade das Jahr 699 zu wählen. Zuvörderst unterliegt es m. E. keinem Zweifel, daß in diesem Jahre bereits alle Handlungen, welche bei der Vindication eines Grundstücks mittelst einer legis actio per sacramentum zum Verfahren in jure (vor dem Praetor) gehörten, auf dem Forum selbst stattfanden. Zum Anderen bietet das Forum, wie es gerade im Jahre 699 beschaffen war, eine treffliche Decoration für die dramatisch-processualische Begebenheit. Man erinnere sich nur z. B., daß schon im folgenden Jahre (700 p. u. c.) die Curia Hostilia, welche erst wenige Jahre vorher im Umbau begriffen gewesen, nebst der Basilica Porcia abbrannte und daß nicht feststeht, ob letztere überhaupt wieder aufgebaut worden ist.

[2]) Bei der Beschreibung des Forums bin ich im Wesentlichen Becker's Handbuch der Römischen Alterthümer (Bd. 1 S. 215 ff.) gefolgt.

[3]) Niebuhr in seiner Röm. Geschichte (Ausg. in 1 Bd. 1853) S. 238 Anm. 90 meint: das comitium sei mit Giallo-platten gepflastert gewesen. Vergl. jedoch Becker a. a. O. S. 280 Anm. 56.

Digitized by Google

Stücken Basaltlava gepflastert sind. An der äußeren Seite dieser Wege stehen in Zwischenräumen prächtige Gebäude und zwar: an der südöstlichen Spitze, wo die heilige Straße (Sacra via) durch den Fabius-Bogen geht, der Regia genannte Palast des Pontifex maximus mit dahinter gelegenem Vesta-Tempel; seitwärts davon in westnördlicher Richtung der Castor-Tempel; gegenüber der Regia an der nordöstlichen Spitze des Platzes der Faustina-Tempel; gegenüber dem Castor-Tempel, westlich vom Faustina-Heiligthum, die Curia Hostilia, das hochgelegene, in Tempelform erbaute Rathhaus; rechts daneben (nach dem Faustina-Tempel zu) die Graecostasis, ein unbedeckter, erhöhter Platz, bestimmt für die fremden Gesandten — gewissermaßen die Diplomatenloge; hinter der Graecostasis, noch etwas höher als diese gelegen, das Senaculum, der Sammelplatz für die Senatoren; von der Curia Hostilia an bis zur nordwestlichen Spitze des Platzes, in deren Nähe sich ein Janus-Tempel befindet, ziehen sich Hallen und Tabernen der Geldwechsler (novae tabernae) an dem mit Lava gepflasterten Wege hin; sie werden überragt von der dahinter liegenden Basilica Aemilia und Basilica Porcia, welche letztere an die Curia Hostilia grenzt; ebenso ist die Südseite des Platzes von dem Castor-Tempel an bis zur südwestlichen Spitze von Hallen und Tabernen (veteres tabernae) eingeschlossen, hinter denen sich die Basilica Sempronica befindet. Der südöstliche Theil des Platzes grenzt im Osten an eine Velia genannte Anhöhe, im Süden an den Mons Palatinus; der nordwestliche Theil stößt im Westen an den Fuß des Mons Capitolinus, dessen wichtigste Bauwerke (Burg, Jupiter-, Saturnus-, Concordia-Tempel, Carcer Mamertinus) ganz oder theilweise dem in der Curia Hostilia versammelten Senate sichtbar sind. — Auf dem Platze selbst befinden sich viele Statuen und andere Denkmäler; vor dem Rathhause die Rostra, ein geräumiges, mit den antiatischen Schiffsschnäbeln verziertes und mit einem Geländer umgebenes Suggestum. Sie bezeichnen die Grenze zwischen demjenigen Theile des Platzes, welcher Forum im engeren Sinne, und demjenigen, welcher Comitium heißt. Auf dem Comitium, dem südöstlichen Theile, steht auch der heilige Feigenbaum und das Tribunal des Praetor, eine durch Aufmauerung über den Boden erhöhte Terrasse,[4]) mit der sella curulis, einem mit Elfenbein ausgelegten, weder mit Arm- noch Rückenlehne versehenen Sessel, dessen vier gekrümmte Füße, wie bei einem Sägebock, gekreuzt sind.[5])

Auf diesem Stuhle sitzt, umgeben von seinem Consilium, welches

[4]) Pauly, Real-Encyclopädie des klassischen Alterthums, sub voce „tribunal". Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprocesses, S. 215.

[5]) Pauly, Real-Encyclopädie, sub voce „sella curulis".

Digitized by Google

niedrigere Sessel einnimmt, baarhaupt der Praetor Vatinius,[6]) gehüllt in eine weiße, mit einem Purpurstreifen verbrämte Toga.[7]) Zu seiner Rechten und Linken stehen je drei Lictoren, die Fasces auf den Schultern. Vor dem Tribunale befinden sich Bänke für die Parteien.[8])

Dem Tribunale nahen, gefolgt von Freunden und Rechtsbeiständen, die Bürger A. Caecina und Sext. Aebutius.

Ersterer hält einen Stab in der Hand; Letzterer trägt ein mit Erde gefülltes Gefäß, welches er in einiger Entfernung von dem Tribunale niedersetzt. Nachdem Beide an der untersten Stufe des Tribunals angelangt sind und den Praetor durch eine Handbewegung gegrüßt haben, ergreift Caecina das Wort.[9])

*[1]) Caecina: Ein Eigenthumsstreit führt den Bürger Sext. Aebutius und mich, den Bürger A. Caecina, vor dein erhabenes Tribunal, o Praetor! — Sext. Aebutius leugnet mein Eigenthum an einem Grundstücke in den Sabinischen Ländereien, welches ich von meiner Gattin Caesennia ererbt habe, diese aber durch Aebutius gekauft hatte.[10])

Aebutius: Nein, welches ich für mich selbst, nicht für Caesennia gekauft habe!

Caecina: Ich bitte dich daher, Vatinius, daß du uns

---

[6]) Mommsen, Röm. Geschichte, 2. Aufl. Bd. 3 S. 311.

[7]) Pauly, Real-Encyclopädie, sub voce „toga".

[8]) Pauly, Real-Encyclopädie, sub voce „tribunal".

[9]) Durch die für die Parteien und Zeugen gewählten Namen kann die Meinung erweckt werden, ich wolle genau den Rechtsfall, welcher unter dem Praetor Dolabella mittelst des interdictum de vi hominibus coactis armatisve vor einem Recuperatoren-Gericht zum Austrag gebracht wurde und auf den sich die Rede Cicero's pro Caecina bezieht, hier verhandeln lassen. Dies ist meine Absicht nicht. Ich gedenke jenen Rechtsfall in durchaus freier Weise, wie es gerade dem Zwecke meiner Arbeit entspricht, zu benutzen und zu modeln, ein Verfahren, welches wohl jeder Leser für völlig erlaubt achten wird, wenn er erwägt, daß es mir nur auf Veranschaulichung der Proceßformen, nicht auf Erörterung materieller Rechtsfragen ankommt.

*[1]) Bitte um die Erlaubniß zur Vornahme der legis actio per sacramentum.

[10]) Mit der Bitte um die Erlaubniß zur Vornahme der l. a. war wohl eine kurze, formlose Exposition des Sach- und Rechtsverhältnisses verbunden. Liv. III, 44. Schmidt in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 14 S. 84. Danz, der sakrale Schutz, S. 159.

Digitized by Google

die Vornahme der legis actio gestattest und die Höhe der Wettsumme[11]) bestimmest. Ich halte 500 Aße für angemessen.

Aebutius: Das ist zu viel! Das Grundstück ist nicht 1000 Aße werth; ich habe auch nur 800 dafür gegeben.

Caecina: Nicht 1000 Aße werth? Beim Herkules! Das Grundstück ist 50 Morgen groß und sucht an Fruchtbarkeit seines Gleichen! Allerdings hast du Namens der Caesennia nur 800 Aße dafür gegeben, es war aber ein allzu billiger Kauf!

Aebutius: Wer eine Mücke für einen Elephanten anzusehen pflegt, dem mag freilich der Acker 50 Morgen groß erscheinen, und was die Fruchtbarkeit oder vielmehr die Unfruchtbarkeit anlangt, so will ich nicht übertreiben; das aber ist gewiß, daß das Grundstück nicht fruchtbarer ist, als das Gehirn unserer heutigen Philosophen. Unkraut treibt es in Menge.

Caecina: Ich habe den Feldmesser Manlius mit zur Stelle gebracht; er wird meine Angaben bestätigen.[12])

Praetor: (zum Feldmesser): Ist dir das Grundstück, um welches Caecina und Aebutius streiten, bekannt? Wie hoch schätzest du die Größe und den Werth desselben?

---

[11]) Statt des Wortes „Wettsumme" wäre nach einer vornämlich von Danz vertretenen Ansicht zu setzen: „Bußgeldes" oder „Succumbenzgeldes". Siehe unten Anm. [28])

Vergl. auch Gajus IV, 14: „Poena autem sacramenti aut quingenaria erat, aut quinquagenaria; nam de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur."

[12]) Wenn über den Werth des Grundstücks und somit über die Summe, um welche zu wetten, Streit entstand, so mußte doch wohl der Praetor diesen Streitdurch seinen Ausspruch entscheiden. Vermuthlich hatte in der Regel diejenige Partei, welche den höheren Werth des streitigen Grundstücks behauptete, ihre Angabe zu beweisen, denn der Praetor war wohl fast nie in der Lage, selbst den Werth des Grundstücks beurtheilen zu können. Gewiß aber waren die Feldmesser ihrem Berufe nach am besten geeignet, auch zum Beweise des Werthes als Sachverständige gebraucht zu werden. Ihrem Gutachten folgte daher vermuthlich der Praetor. — Vergl. über die Röm. Feldmesser Rudorff in Savigny's Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft, Bd. 10 S. 412 ff.

Digitized by Google

Feldmesser: Ich kenne jenes Grundstück genau und schätze es auf mindestens 50 Morgen groß, seinen Werth aber auf mehr als 1000 Asse.

Praetor (zu Aebutius): Hast du gegen die Glaubwürdigkeit des Manlius Einwendungen zu erheben? Hast vielleicht auch du einen Feldmesser mitgebracht?

Aebutius: Manlius ist ein ehrenwerther Mann; allein er irrt. Einen Feldmesser besitze ich selbst nicht unter meinen Begleitern.

Praetor: So bestimme ich denn die Wettsumme[13]) auf 500 Asse.

Wollt ihr dieselbe im Saturnus-Tempel[14]) deponiren oder wollt ihr Bürgen stellen?[15])

Aebutius: Ich werde einen Bürgen stellen.

Caecina: Ich desgleichen.

Praetor: Wer sind eure Bürgen?

Caecina: Ich stelle den anwesenden Bürger L. Titius.

Aebutius: Und ich den anwesenden Bürger Maevius.

---

13) Wegen des Wortes „Wettsumme“ s. die Anmerk. 28)

14) Im Saturnustempel war zur Zeit der Republik das Aerarium. Hier wurde gewöhnlich deponirt. Bachofen, Röm. Pfandrecht S. 232. Becker, Handbuch der Röm. Alterthümer, Bd. 1 S. 316 und 317. — Wohl nur in älterer Zeit geschah die Deposition der Wettsumme bei den Pontifices (ad pontem sublicium — cf. die in der folgenden Anm. angeführte Stelle aus Varro).

15) Anfänglich mußte die summa sacramenti stets deponirt werden; später fand die Stellung von Bürgen statt; doch stand es wohl auch jetzt noch dem betreffenden Litiganten frei, zu deponiren, statt Bürgen zu stellen.

Varro de ling. lat. (Ed. O. Müller) V, 180: „Ea pecunia, quae in judicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium. Qui judicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.“ Gajus IV, 13: „nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat, praedesque eo nomine Praetori dabantur“ — 16: „alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat.“

Digitized by Google

Praetor: Die Bürgen sind gut.[16]) Wohlan! so beginnt die legis actio!

*[2]) Caecina: Das Grundstück, welches in den Sabinischen Ländereien liegt — ich behaupte: es ist nach quiritarischem Rechte mein eigen; folge mir deshalb, Aebutius, zum Kampfe um dieses Grundstück an Ort und Stelle![17])

Aebutius: Aus dem nämlichen Grunde, aus dem du mich zum Zweikampfe geladen, gebe ich dir die Herausforderung zurück.[18])

Praetor: In Gegenwart der beiderseitigen Zeugen bestimme ich jenen Weg; betretet denselben![19])

Caecina und Aebutius gehen mit einem Lictor und ihrem Gefolge bis zu dem mit Erde gefüllten Gefäß.

Praetor: Kehret zurück![20])

Caecina und Aebutius bringen das Gefäß und setzen es an der ersten Stufe des Tribunals nieder.[21])

---

16) Der Praetor hatte die Tauglichkeit der Bürgen zu prüfen; war ihm dieselbe nicht sofort klar, so ließ er sie wahrscheinlich durch arbitri untersuchen; l. 9, 10. D. qui satisdare (2, 8). Rudorff, das Ackergesetz des Sp. Thorius, S. 122.

*2) Das „ex jure manum consertum vocare". Herausforderung zum symbolischen Zweikampf.

17) Cic. pro Murena c. 12 §. 26: „Fundus qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse ajo. Inde ibi ego te ex jure manu consertum voco."

18) Cic. l. c. „Unde tu me ex jure manu consertum vocasti, inde ibi ego de revoco." Dernburg, welcher in der „Krit. Zeitschr. für die gesammte Rechtswissenschaft" Bd. 1 S. 467 den ganzen Hergang in anderer Weise, als oben im Text geschieht, darstellt, übersetzt diese Formel dahin: „Von hier aus rufe ich dich dahin (nämlich vor Gericht) zurück, von wo aus du mich weggerufen hast." Vergl. jedoch Römer in der „Krit. Uebersch au" Bd. 2 S. 379 u. 380.

19) Cic. l. c. „Suis utrisque superstitibus praesentibus, istam viam dico: inite viam."

20) Cic. l. c. „Redite viam."

21) Nach Ihering's Ansicht (Geist des Röm. Rechts Th. 2 Abth. 2 S. 600) bringen die Parteien nicht die Scholle herbei, sondern nehmen das „manum conserere" vor, ehe der Praetor ihnen die Worte „redite viam" zuruft. Diese Ansicht stützt Ihering darauf, daß eine Partei zur anderen sagt: „ex jure — voco" — also die andere zur Vornahme

Digitized by Google

*3) Caecina (mit der Linken das Gefäß ergreifend und mit seinem Stabe die Erde berührend): Mein ist nach quiritarischem Recht dieses Grundstück zufolge seines Erwerbstitels, wie ich behauptet

---

eines Actes auffordert, der nicht in jure (vor dem Praetor) stattfinden soll. Hätte jedoch Ihering Recht, wie hätte dann Cicero l. c. spottend bemerken können: „Haec jam tum apud illos barbatos ridicula, credo, videbantur: homines, cum recte atque in loco constitissent, juberi abire, ut unde abissent, eodem statim redirent?“

Gegen Ihering spricht auch die historische Nachricht über das „manum conserere“, welche sich bei Gellius noct. Attic. 20, 10 findet: „Correptio manus in re atque in loco praesenti apud Praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: si qui in jure manum conserunt. Sed postquam Praetores propagatis Italiae finibus, datis jurisdictioni(bu)s negotiis occupati, p(rof)icisi vindiciarum dicendarum causa (ad) longinquas res gravabantur, institutum est contra duodecim tabulas tacito (con)sensu, ut litigantes non in jure apud Praetorem manum consererent, sed 'ex jure manum consertum' vocarent, id est alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret atque profecti simul in agrum, de quo litigebatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad Praetorem deferrent et in ea gleba, tamquam in toto agro, vindicarent.“ Hieraus erhellt:

1) daß in ältester Zeit das „manum conserere“ auf dem Grundstücke selbst vor dem Praetor vorgenommen wurde, also ein Act in jure (ein gerichtlicher Act) war;

2) daß in späterer Zeit das „manum conserere“ zunächst als außergerichtlicher Act auf dem Grundstücke selbst vorgenommen („ut litigantes non in jure apud Praetorem manum consererent, sed ex jure manum consertum vocarent“), und demnächst an einer Scholle vor dem Praetor als gerichtlicher Act wiederholt wurde („terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad Praetorem deferrent et in ea gleba, tamquam in toto agro, vindicarent“); denn das „vindicare“ (solennis verbis) geschah eben gleichzeitig mit dem „manus prendere“. Gellius l. c. §. 7.

Die zweite Neuerung, welche bereits zu Cicero's Zeiten eingetreten war, bestand nun zweifelsohne darin, daß der außergerichtliche Act wegfiel und nur eine leere Aufforderung dazu erging. — Vergl. Wetzell, der Röm. Vindicationsproceß, S. 47 u. 48; Keller, der Röm. Civilproceß, S. 62.

*3) Das „manum conserere“ in jure, der symbolische Zweikampf vor Gericht.

Digitized by Google

habe.[22]) Siehe, ich berühre seinen Boden zum Zeichen meiner Herrschaft mit dem Stabe.[23])

Aebutius (gleichfalls das Gefäß ergreifend und, nachdem er seinem Gegner den Stab abgenommen, mit demselben die Erde berührend): Nein! sage ich, mein ist nach quiritarischem Recht dieses Grundstück zufolge seines Erwerbstitels. Siehe, zum Zeichen meiner Herrschaft berühre ich die Scholle mit dem Stabe![24])

*[4]) Praetor: Lasset beide ab von dem Grundstück![25])

Das Gefäß wird auf die Stufen des Tribunals gestellt.

*[5]) Caecina: Ich frage dich, Aebutius, willst du mir den Grund sagen, aus dem du das Grundstück mit dem Stabe berührt hast?[26])

Aebutius: Ich habe ein Recht vollzogen, als ich es berührte.[27])

---

22) „Wie ich behauptet habe“ („sicut dixi“), bezieht sich nach Danz (der sacrale Schutz, S. 159) auf die mit der Bitte um Gestattung der l. a. verbundene kurze Exposition des Sachverhältnisses.

23) Gajus IV, 15: „Qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: „„hunc hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui““ et simul homini festucam imponebat.“

24) Cajus l. c. „adversarius eodem (cf. Anmerk. 24) similiter dicebat et faciebat.“

*[4]) Friedensbefehl des Praetor.

25) Gajus l. c. „cum uterque vindicasset, Practor dicebat: „„mittite ambo hominem““, illi mittebant.

*[5]) Frage und Antwort, betreffend den Grund der contravindicatio.

26) Gajus l. c. „qui prior vindica (verat, ita alterum interroga) bat: „„postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris.““

„Vindicaveris“ ist hier gleichbedeutend mit „vindictam imposueris“. Danz l. c. S. 162.

27) Gajus l. c. „ille respondebat: „„jus peregi sicut vindictam imposui.““

Bei der Uebersetzung dieser Worte bin ich im Wesentlichen Danz l. c. S. 162 gefolgt.

Digitized by Google

*6) Caecina: Weil du mit Unrecht es berührt haſt, rufe ich dich auf zur Wette um 500 Aße.[28])

Aebutius: Caecina! Ich verlange eine gleiche von dir.[29])

*7) Praetor: Verſprichſt du, Aebutius, 500 Aße an den

---

*6) Provocatio ad sacramentum; Aufforderung zur Wette.

[28]) Gajus l. c. „deinde qui prior vindicaverat, dicebat: „„quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco.““ Die im Text adoptirte Art der Ueberſetzung wird namentlich von Römer in der „Krit. Ueberſchau“ Bd. 2 S. 354 ff. vertheidigt. Vergl. dagegen Stintzing: „Ueber das Verhältniß der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praejudicialis.“ (Heidelberg 1853) S. 7 ff. u. 12, welcher überſetzt: „ich fordere, rufe dich auf durch Sacramentum“; „indem ich hiermit die Weihe vollziehe, rufe ich dich zum Rechtsſtreite auf.“

Noch eine andere Anſicht, welche ſich übrigens theilweiſe ſchon in Ihering's Geiſt des Röm. R. Th. 1 S. 206 ausgeſprochen findet, hat Danz (der ſakrale Schutz) aufgeſtellt und mit großem Aufwande von Gelehrſamkeit und Scharfſinn vertheidigt. Seiner Meinung nach war das Verfahren Anfangs folgendes:

Qui prior vindicaverat, dicebat: „quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco.“

Inde Jovem testem facit: „si ego injuste impieque illum hominem meum esse ajo, tum Jupiter optime maxime patriae compotem me nunquam sinas esse.“

Adversarius quoque dicebat: „Similiter ego te D aeris sacramento te provoco.“

Inde Jovem testem faciebat: „Si ego injuste impieque“ etc.

Später (nach dem Verſchwinden des ſakralen Princips) fiel der Eid weg und es blieb nur die provocatio ſtehen, welche demnach dahin zu überſetzen iſt:

„Durch einen Eidſchwur, deſſen Buße im Falle ſeiner Falſchheit 500 Aße beträgt, fordere ich dich heraus (fordere ich dich auf, mir gerecht zu werden)“.

Danz l. c. S. 188, 165, 178, 189, 240. Derſ. in Becker u. Muther's Jahrb. Bd. 5 S. 88 ff. Ihm hat ſich vornämlich angeſchloſſen: Rein, Privatrecht und Civilproceß der Römer, S. 886.

[29]) Gajus IV, 16: „adversarius quoque dicebat: „„similiter ego te““. Dernburg meint übrigens in der Heidelberger „Krit. Zeitſchrift für die geſammte Rechtswiſſenſchaft“ Bd. 1 S. 468: „similiter“ ſei ſchwerlich ein Formelwort geweſen.

*7) Stipulation der summa sacramenti.

Digitized by Google

Staatsschatz zu geben, wenn du mit Unrecht behauptet, daß das Grundstück, welches in den Sabinischen Ländereien liegt, dein eigen sei? [30])

Aebutius: Ich verspreche, 500 Asse an den Staatsschatz zu geben, wenn ich mit Unrecht behauptet, daß das Grundstück, welches in den Sabinischen Ländereien liegt, mein eigen sei.

Praetor: Wirst auch du, Caecina, 500 Asse an den Staatsschatz geben, wenn du mit Unrecht behauptet, daß das Grundstück in den Sabinischen Ländereien dein eigen sei?

Caecina: Ich werde 500 Asse an den Staatsschatz geben, wenn ich mit Unrecht behauptet, daß das Grundstück in den Sabinischen Ländereien mein eigen sei.

*[8]) Praetor: Stellet nunmehr für die Wettsumme Bürgen!

Caecina: Tritt vor, L. Titius, mein Bürge!

---

[30]) Das Versprechen der summa sacramenti geschah zweifelsohne in Form der Stipulation. Diese aber besteht in einer übereinstimmenden Frage und Antwort (v. Savigny, System Bd. 5 S. 532; Puchta, Institutionen Bd. 3 §. 273). Die Antwort mußte wohl wenigstens in älterer Zeit den Inhalt der Frage vollständig wiedergeben (Ihering, Geist Th. 2. Abth. 2 S. 583, 584, 618). Ueber den Gebrauch des Wortes promitto in älterer Zeit vergl. Danz l. c. S. 240—244.

Gewiß konnte die Frage nicht von der Gegenpartei, sondern nur vom Praetor ausgehen. Daß dieser das Aerarium vertrat, geht wohl schon genügend aus den Worten des Gajus IV, 16: „alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat“ hervor. Vielleicht war auch ein Quästor des Aerars zugegen, welcher die Namen der Wettenden, die Wettsumme sowie die Namen der Bürgen urkundlich verzeichnete (vergl. Rudorff, Ackergesetz des Sp. Thorius S. 122 u. 123). Uebrigens ist Stintzing (Ueber das Verhältniß der legis actio sacramento ꝛc. S. 7 ff.) der Ansicht, daß die Sacramentsbestellung in dem Gebrauch jener Provocationsformel „sacramento te provoco“ selbst gelegen und daß dieselbe nicht erst ein dieser Provocationsformel nachfolgender besonderer Act gewesen sei. Er meint: in älterer Zeit habe jeder Litigant bei jenen Provocationsworten die Summe baar deponirt. — Vom Standpunkte Danz' aus (vergl. Anmerk. 28) ist dieser Ansicht jedenfalls beizutreten. Vergl. jedoch Keller, der röm. Civilproceß, §. 14 S. 61.

Vergl. auch Römer in der „Krit. Ueberschau“ Bd. 2 S. 355 ff.

*[8]) Stellung von Bürgen — praedes — für die summa sacramenti.

Digitized by Google

Aebutius: Thue desgleichen, Maevius!

*9) Praetor: (zu Maevius): Aebutius hat, falls er mit Unrecht behauptet, daß das Grundstück in den Sabinischen Ländereien sein eigen sei, 500 Aße dem Staatsschatz zu zahlen versprochen. Maevius, bist du dafür verhaftet? [31])

Maevius: Verhaftet!

Praetor (zu Titus): Caecina hat, falls er mit Unrecht behauptet, daß das Grundstück in den Sabinischen Ländereien sein eigen sei, 500 Aße dem Staatsschatz zu zahlen versprochen. Titius, bist du dafür verhaftet?

Titius: Verhaftet! [32])

*10) Caecina (zu Aebutius): Ich fordere dich auf, Aebutius, am dritten Tage vor den Idus des März zu erscheinen vor dem Centumviralgericht. [33])

---

*9) Bürgschaftsleistung für die summa sacramenti.

31) Festus s. v. Praes. Müller p. 223: Praes est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu: si praes sit, ille respondet: praes. — Bachofen, Röm. Pfandrecht S. 221. cf. Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Röm. Rechts, Leipzig 1860. Bd. 1 S. 26 ff. Mommsen, Stadtrechte von Salpensa.

32) Nunmehr erfolgte vielleicht Seitens des Quästor aerarii die Aufnahme einer von den Bürgen zu unterzeichnenden Urkunde, worin die Bürgen in ihrem quiritarischen Eigenthum stehende Grundstücke nachwiesen. Vergl. Thorisches Ackergesetz (Rudorff'sche Ausgabe) cap. 20 (S. 168), Richter's Krit. Jahrb. 5. Jahrg. 10. Bd. S. 605 u. Anm. 31.

*10) Gegenseitige Ladung vor das Centumviralgericht.

33) Der zweite Act des Proceßverfahrens — das Verfahren in judicio — fand aller Wahrscheinlichkeit nach vor dem Centumviralgericht statt. Dasselbe bestand Anfangs aus 105, später aus 180 Mitgliedern. Vergl. Keller, Röm. Civilproceß S. 22—29, Bethmann-Hollweg in v. Savigny's Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, Bd. 5 S. 358—400. (Competenz des Centumviralgerichts.) — Gewiß konnten übrigens die Parteien — nach der lex pinaria — die Entscheidung eines einzelnen judex statt der des Centumviralgerichts wählen. Thaten sie dies, so mußten sie einander auffordern, am 30. Tage wieder vor dem Praetor ad judicem capiendum zu erscheinen. (Puchta, Instit. 5. Aufl. Bd. 1 §. 53 S. 185, Bd. 2 §. 154 S. 33.) Dieser judex erhielt nach der Ansicht von Krug (Ueber die legis actiones, 2. Aufl. S. 39 ff.) entweder gar keine oder eine vom Praetor selbst gebildete Instructionsformel (im Gegensatze der legi accommodata formula). Jedenfalls

Digitized by Google

Aebutius: Ich dich desgleichen.

*11) Praetor: Wer von euch begehrt den Besitz des Grundstücks?[34])

Caecina: Ich begehre ihn, denn ich bin, wie allbekannt, mit Waffengewalt durch Aebutius von dem Grundstücke vertrieben worden.

Aebutius: Nein, mir kommt er zu, denn ich habe Jahre lang, wie diese Bürger bezeugen werden, das Grundstück ungestört besessen.

Mehrere Bürger: Wir bestätigen es.

Praetor: Da es bekannt ist, daß Aebutius das Grundstück lange Zeit ungestört besessen,[35]) so erscheint es mir angemessen, den Aebutius als Besitzer anzuerkennen und zu schützen bis zum Ende dieses Rechtsstreites; doch befehle ich dir, Aebutius, dem Caecina Bürgen zu stellen für das Grundstück und dessen Früchte.[36])

*12 Aebutius: An diesem Ausspruche erkenne ich deine Weisheit, Praetor! Ich stelle die anwesenden Bürger Maevius und Neratius dem Caecina als Bürgen.

---

brauchte wohl bei der l. a. sacramentum die Anrede an den Praetor, welche den materiellen Anspruch des Klägers enthielt (die intentio in d. S.), nicht legi accommandata zu sein. (Krug a. a. O. S. 23.) Vgl. dagegen Ihering, Geist des Röm. Rechts, Bd. 2. S. 653 ff.

*11) Das vindicias dicere; Regulirung des interim. Besitzes.

34) Gajus IV, 16: „Postea Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat.“ Vgl. auch Liv. III, 45, Val. Max. VII. 7, 3.

35) Vergl. die Gründe, welche Ap. Claudius nach Liv. III, 45 in dem Freiheitsproceß der Virginia seinem die Vindiciä feststellenden Decrete vorausschickt.

36) Gajus IV, 16: „eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum.“ — Wurde die Bürgschaftsbestellung verweigert, so erhielt der Gegner, wenn dieser zu derselben bereit war, den Besitz. — cf. Wetzell: Der Röm. Vindicationsproceß, S. 23.

*12) Stellung der praedes litis et vindiciarum — Bürgen für die Sache und ihre Früchte.

Digitized by Google

Caecina: Den Bürgen Neratius verwerfe ich, denn ich behaupte, daß er nicht hinreichend sicher.

Praetor: Neratius ist ein mit vielen Grundstücken angesessener Bürger. Er scheint tauglich zum Bürgen.

*13) (Zu den Bürgen): Neratius und Maevius, seid ihr für das Grundstück, welches in den Sabinischen Ländereien liegt, und für dessen Früchte, wenn Aebutius dasselbe erstatten muß, verhaftet?[37])

Neratius und Maevius: Verhaftet![38])

*14) Caecina: Sejus! Pomponius! Sabinus! Seid Zeugen der stattgehabten Verhandlung![39])

Aebutius: Cassius! Proculus! Seid Zeugen dieses Actes!

Die Parteien verlassen mit ihrem Gefolge das Tribunal.

---

*13) Verpflichtung der prades litis et vindiciarum.

37) Es fragt sich, ob die Partei selbst die solenne Frage an den Bürgen richtete, oder ob dies etwa der Praetor that. Ersteres anzunehmen, hat nach einer mündlichen Aeußerung Mommsen's kein Bedenken, weil 1) der „adversarius", der die praedes empfängt, als ein vom Staate hierzu Committirter zu denken sei (?) und 2) weil jene Formel: „si praes sit" zwar üblich, jedoch nicht nothwendig gewesen. Vgl. jedoch Danz, der sacrale Schutz, S. 220.

38) Dieser Bürgschaftsleistung ging der Abschluß eines Vertrages zwischen den Parteien in Bezug auf die Restitution wohl nicht voraus. Römer in der „Krit. Ueberschau", S. 372, 373.

*14) Litis contestatio.

39) Festus (im Auszug des P. Diaconus): „Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote!" — v. Savigny, System Bd. 6. S. 11—15.

Nach der Meinung von Danz (l. c. S. 208 ff.) ging die Fortsetzung dessen, was der Verklagte, falls sein sacramentum injustum, dem Kläger zu leisten hatte, dem Rufe „testes estote" voraus, welcher zur Bekräftigung jener Festsetzung diente und an den populus Romanus gerichtet war.

Digitized by Google

Zweiter Act.

Verfahren vor dem Centumviralgericht (in judicio).

In der Basilica Porcia[40]) sitzen die Mitglieder des Centumviralgerichts in mehreren halbkreisförmigen Reihen. In der Mitte der vordersten Reihe steht die sella curulis, welche der Praetor als Präsident des Centumviralgerichts eingenommen hat.[41]) Vor demselben ist eine Lanze aufgerichtet.[42])

Praetor (zu den Lictoren): Die Bürger Caecina und Aebutius mögen nunmehr ihren Rechtsstreit vortragen. Rufet sie auf!

Es geschieht. Vor dem Centumviralgericht erscheinen, gefolgt von Rechtsbeiständen und Zeugen, die Bürger Caecina und Aebutius.

*15) Caecina: Ich bitte dich, Praetor, daß du mir eine kurze Darlegung des Streitfalles gestattest.[43]) Ein Grundstück, welches in den Sabinischen Ländereien liegt und von den Aeckern des P. Rutilius, Sext. Clodius, L. Atilius und L. Caelius begrenzt wird, wird von mir und meinem Gegner Aebutius als Eigenthum in Anspruch genommen. Wir haben vor dir gewettet um 500 Aße, welche Derjenige, der zu Unrecht den Eigenthumsanspruch erhoben, an den Staatsschatz zahlen soll. Du aber hast vorläufig den Besitz des Grundstücks dem Aebutius gegen Stellung von Bürgen verliehen. Zeugen der Verhandlung sind die Bürger Sejus, Pomponius, Sabinus. Habe ich den Streitfall richtig vorgetragen, Aebutius?

Aebutius: Du hast es.

---

40) Daß die Basilica Porcia der Sitzungssaal des Centumviralgerichts gewesen, ist eine lediglich darauf gegründete Hypothese, daß das Centumviralgericht in späterer Zeit in der (699 noch nicht erbauten) Basilica Julia seine Sitzungen hielt. Quinctilian. XII, 5, 6. Plin. ep. V. 21.

41) Keller, Röm. Civilproceß §. 6.

42) Gajus IV, 16: „unde centumviralibus judiciis hasta praeponitur."

*15) Causae collectio.

43) Gajus IV, 15: „deinde cum ad judicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere: quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in breve coactio." Gell. V, 10.

Digitized by Google

Caecina: Wir bitten das hohe Volksgericht, unseren Streit zu schlichten und zu entscheiden: wessen Wette gut und wessen Wette dagegen verfallen sei.[44])

Praetor: So lasset uns das Nähere des Rechtsstreites wissen! Beginne du, Caecina!

*[16]) Caecina: Meine verstorbene Ehegattin Caesennia war zuerst verheirathet an M. Fulcinius, einen angesehenen Bürger der Municipalstadt Tarquinii. Dieser kaufte das Grundstück, welches ich vindicire, vor 15 Jahren, weil es an das der Caesennia gehörige Ackerland grenzte. Er starb mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem er seinen Sohn zum Erben eingesetzt und den Nießbrauch aller seiner Güter der Caesennia gemeinschaftlich mit seinem Sohne vermacht hatte. Bald nachher starb auch der Sohn. In dem Testamente, welches er errichtet, hatte er auch Caesennia, seine Mutter, mit einem großen Theile seines Nachlasses bedacht. Caesennia ward deshalb zur Erbtheilung zugezogen. Freunde und Bekannte riethen ihr, in der Nachlaßauction jenes Grundstück zu erstehen, welches ihr erster Ehegatte M. Fulcinius gekauft und auf seinen Sohn vererbt hatte. Caesennia gab diesen Rathschlägen Gehör und beauftragte jenen Aebutius, der sich seit lange in ihr Vertrauen geschlichen, das Grundstück für sie zu kaufen. Aebutius bietet auf dasselbe und erhält es zugeschlagen. Den Kaufpreis zahlt Caesennia; doch wird dem Aebutius, auf dessen Namen der Kauf geschehen, als Zahlungsleister Quitung ertheilt. Caesennia besaß hierauf das Grundstück und verpachtete es. Nach vier Jahren starb Caesennia und hinterließ ein Testament, worin sie mich, der ich sie inzwischen geehelicht, zum Erben ernannt hatte. Ich betrat

---

[44]) Cic. pro Caec. cap. 33 §. 97. Darüber, ob das in judicio ergehende Urtel direct bloß die Frage: „utrius sacramentum justum sit“ entschied, oder direct eine condemnatio in das streitige Object, oder endlich eine pecuniaria condemnatio enthielt, herrscht übrigens großer Streit.

Vergl. z. B. Römer in der „Krit. Ueberschau“ Bd. 2 S. 360 ff.; Stintzing „Ueber das Verhältniß der legis actio sacramento ꝛc.“ S. 16 ff.; Mayer „Ad Gaji institut. etc.“ §. 24 sowie oben Anm. [39])

*[16]) Ausführliche Parteivorträge.

Digitized by Google

das Grundstück und ließ mir von dem Pachter Rechnung legen. Bald darauf behauptete Aebutius, daß er selber Eigenthümer des Ackers sei, weil er in eigenem Namen und für sich selbst ihn erstanden habe, und vertrieb mich mit Waffengewalt, als ich wieder das Grundstück betreten wollte.

Aebutius: Es ist Alles richtig, was Caecina gesagt hat, bis auf einen Umstand. Nicht für Caesennia nämlich und nicht in ihrem Auftrage, ihr Richter, sondern für mich selbst und aus eigenem Antriebe habe ich das Grundstück erstanden; auch nicht mit dem Gelde der Caesennia, sondern mit eigenen Mitteln habe ich Zahlung geleistet. Daß Caesennia bis zu ihrem Tode den Acker besessen, beweist nichts gegen mich; denn nicht als Eigenthümerin hat sie das Grundstück im Besitz gehabt, sondern wegen des Nießbrauchs, der ihr von M. Fulcinius vermacht worden.

Praetor: Caecina, wie willst du den Nachweis führen, daß Aebutius im Auftrage der Caesennia das Grundstück erstanden und mit dem Gelde der Caesennia den Kaufpreis bezahlt habe?

Caecina; Ich stelle den Sext. Clodius, den P. Memmius und den L. Caelius als Zeugen. Hier sind sie. Ich bitte dich, Praetor, mir zu gestatten, daß ich die Zeugen befrage.

*17) Praetor (zu den Zeugen): Seid ihr gesonnen, [45]) Zeugniß abzulegen und zu schwören, daß ihr nichts Unwahres sagen werdet? [46])

Clodius, Memmius und Caelius: Wir sind dazu bereit.

Praetor: Schwöre du, Clodius, was ich dir vor-

---

*17) Zeugenverhör.

45) Es existirte der Regel nach kein Zeugnißzwang, Keller, Röm. Civilproceß, §. 66.

46) Auch die Vereidigung der Zeugen war in älterer Zeit nicht obligatorisch. (Zimmermann, der Glaubenseid, S. 73.) Wenn sie stattfand, erfolgte sie regelmäßig vor der Vernehmung („jurent, se nihil falsi dicturos", Westgoth. Interpret.). Obligatorisch wurde die vorhergehende Vereidigung durch eine Verordnung Constantin's; l. 9. pr. C. 4, 20.

Digitized by Google

spreche;[47]) setzet ihr andern Zeugen aber hinzu: ebenso schwöre ich![48])

Praetor (vorsprechend) und Clodius (nachsprechend): Höre mich, Jupiter![49]) Nichts Unwahres werde ich aussagen. Wenn ich mein Versprechen halte, dann mögest du, Jupiter, mir beistehen;[50]) wenn ich ihm aber wissentlich entgegenhandle, dann, Jupiter, treffe dein Zorn mein Haupt und Haus.[51])

Memmius und Caelius: Ebenso schwöre ich.

Praetor: Nunmehr, Caecina, befrage die Zeugen.[52])

Caecina: Ist es nicht richtig, Clodius und Memmius, daß, als jenes in den Sabinischen Ländereien gelegene Grundstück, welches M. Fulcinius gekauft, nach dem Tode des jungen Fulcinius versteigert wurde, Caesennia euch gebeten hat, auf jenes Grundstück nicht mitzubieten, weil sie den Aebutius beauftragt habe, dasselbe für sie zu kaufen, und daß ihr in Folge dessen das Mitbieten unterlassen habt?

Clodius: Ich meine,[53]) Caesennia hat mir damals gesagt, daß Aebutius von ihr beauftragt sei, jenes Grundstück für sie zu erstehen, und ich habe in Folge dieser Mittheilung nicht mit auf den Acker geboten.

Memmius: Ich meine, daß auch zu mir Caesennia eine gleiche Aeußerung gethan hat.

Advocat des Aebutius (zu den Zeugen): Wisset ihr bestimmt, daß gerade Caesennia euch erzählt hat, daß Aebutius

---

47) Ueber das „praeire verbis“ bei der Eidesleistung vergl. Danz, der sacrale Schutz, S. 25 ff.

48) Ueber die Schwurformel „idem in me“ vergl. Danz l. c. S. 32, 239.

49) Ueber das „deos testes facere“ vergl. Danz l. c. S. 33 ff.

50) „Si fidem servasso, tum me dii adjuvent.“ Erster Theil der precatio (jusjurandum im engeren Sinne). Danz l. c. S. 15.

51) Zweiter Theil der precatio (die exsecratio). Verschiedene Formeln siehe bei Danz l. c. S. 14, 23, 55, 56.

52) Die Zeugen wurden von dem Producenten verhört, Kreuzverhör dem Producten vorbehaltlich. Keller l. c.

53) Ueber den Gebrauch des „arbitror“ in den Zeugenaussagen vergl. Cic. pro Font. 9, 19 u. Acad. 2, 47, 146. Klotz in seiner Ausgabe der Cic. Reden Bd. 2 S. 761. Zimmermann, der Glaubenseid, S. 70.

Digitized by Google

für sie das Grundstück erstehen solle, und kann nicht Aebutius selbst euch eine solche Mittheilung gemacht und euch im Namen der Caesennia gebeten haben, nicht mit auf das Grundstück zu bieten? Verwechselt ihr nicht die Person, die zu euch gesprochen, mit jener Person, durch welche sie zu euch gesprochen?

Clodius: Wahrhaftig, es ist möglich, daß Aebutius das Gesuch der Caesennia mir übermittelt hat und daß ich jetzt glaube, Caesennia selbst habe mit mir Rücksprache genommen. Mein Gedächtniß ist schwach und der verflossene Zeitraum lang.

Memmius: Auch ich vermag mich mit Bestimmtheit nicht zu erinnern, ob Caesennia gerade selbst mir mitgetheilt hat, daß sie jenes Grundstück erstehen wolle, oder ob Aebutius in ihrem Namen mit mir gesprochen.

Caecina: Was vermagst du, Caelius, über die Bezahlung des Kaufpreises für das streitige Grundstück zu bekunden? Hat Caesennia oder hat Aebutius ihn berichtigt?

Caelius: Ich war zugegen, als der Kaufpreis an den Geldwechsler gezahlt wurde, welcher die Versteigerung des Grundstücks vorgenommen. Ich meine: Caesennia gab das Geld her und Aebutius zahlte es an den Wechsler.

*18) Advocat des Caecina: Nun wohl, ihr Richter, zwei Zeugen, Clodius und Memmius, Bürger von unbeflecktem Rufe, haben vereidet bekundet, daß ihnen Caesennia — sei es durch eigenen Mund, sei es durch den Mund ihres Bevollmächtigten Aebutius — mitgetheilt: Aebutius solle das Grundstück für sie erstehen. Caelius aber hat, wie er eidlich versichert, mit eigenen Augen gesehen, daß Caesennia das Geld zur Bezahlung des Kaufpreises hergegeben. Könnt ihr jetzt noch zweifeln, daß der Kauf nicht für Aebutius, sondern für Caesennia geschehen?

Advocat des Aebutius: Ich bitte euch, ihr Richter, darauf zu achten, daß die Zeugen nicht wissen, ob Caesennia selbst oder Aebutius ihnen den Auftrag der Caesennia mitgetheilt habe. Hat aber Aebutius den Zeugen erzählt, daß er den Acker für Caesennia kaufen werde, was beweist dies?

*18) Schluß-Plaidoyer.

Digitized by Google

Nichts weiter, meine ich, als daß Aebutius die Absicht gehabt die der Caesennia — nicht ihm — befreundeten Zeugen durch eine List vom Mitbieten abzuhalten und so für sich den Acker billig zu erstehen. Was folgt denn ferner aus dem Umstande, daß Aebutius das Geld zur Berichtigung des Kaufpreises von Caesennia erhalten? Nichts weiter, glaube ich, als die Vermuthung, daß Caesennia jene Summe dem Aebutius dargeliehen, geschenkt oder als eine Schuld bezahlt hat. Caecina hat durch seine Zeugen nichts bewiesen.

*19) Praetor: Die Richter werden nunmehr berathen und entscheiden, wessen Wette gerecht und wessen Wette verfallen sei. Ihr Streitenden, ihr Advocaten, Zeugen und Zuhörer, entfernt euch, bis die Lictoren euch verkünden, daß die Berathung zu Ende sei. 54)

Parteien nebst ihren Begleitern und den Zuhörern ab. Die Mitglieder des Gerichtshofes beginnen eine lebhafte Unterredung mit einander. Nachdem wieder Stillschweigen eingetreten ist, veranlaßt der Praetor die Abstimmung, indem er an die Gesammtheit die Worte richtet: „Ihr Richter! wessen Wette ist gerecht? und dann so lange, bis für den einen der streitenden Theile eine Majorität erzielt ist, die einzelnen Mitglieder der Reihe nach befragt: „Welcher Meinung bist du?“ worauf der Gefragte antwortet: „Ich meine, daß die Wette des — gerecht sei.“

Nachdem auf diese Weise die Abstimmung beendet ist, läßt der Praetor die Parteien ꝛc. durch Lictoren wieder herbeirufen.

Praetor: Das hohe Volksgericht hat entschieden, daß die Wette des Caecina ungerecht, die des Aebutius aber gerecht sei.

Ende.

---

*19) Abstimmung.

54) Der ganze Abstimmungs- und überhaupt Entscheidungsmodus beruht lediglich auf Conjectur. Vgl. übrigens den Abstimmungsmodus des Senats bei Liv. I, 32.

Digitized by Google

IV.

Bücherschau.

1. Das Beweisurtheil des germanischen Processes vom Professor L. v. Bar (Hannover, Hahn'sche Hofbuchhandlung 1866).

Die nächste Veranlassung zu dem vorstehenden rechtsgeschichtlichen Werke hat der noch gegenwärtig nicht abgeschlossene Streit, ob der Civilproceß zweckmäßig durch ein Beweisurtheil zu theilen sei, gegeben, welcher Streit bereits früher zu Forschungen darüber, ob das Beweisurtheil altgermanischen Ursprungs sei, insonderheit in der Hand von Plank geführt hat. Das Resultat jener Forschungen genügt dem Verfasser nicht. Derselbe kommt vielmehr zu dem Ausgange, daß das Beweisurtheil des heutigen Processes in keiner Weise dem des ältern deutschen Rechts gleichgestellt werden könne, vielmehr einer unbewußten Vermengung in sich grundverschiedener römischer und germanischer Grundsätze seine Entstehung verdanke.

Ueber die unmittelbare practische Bedeutsamkeit dieser Mittheilungen und Ausführungen für die Frage nach der Zweckmäßigkeit des Beweisurtheils lassen sich Zweifel erheben, nicht aber über den historischen Werth der Ersteren. Der Verfasser führt uns mit großer Gründlichkeit die Natur der einschlagenden älteren Institutionen und der Gebräuche im germanischen Processe vor, und widerlegt mit Schärfe einige Ansichten anderer Schriftsteller über diese Materien, so daß jeder Jurist, welcher sich für diese Seite der Jurisprudenz des Mehren interessirt, nicht ohne Befriedigung und nicht ohne Bewunderung des tiefen Studiums, welches der Verfasser auf ein so wenig betretenes Feld verwandt hat, dies Buch aus der Hand legen wird. Eine nähere Mittheilung dieses interessanten Werkes gestattet der Raum nicht, wir beschränken uns daher darauf, nur mitzutheilen, daß in der ersten Abtheilung die Bedeutung des richterlichen Urtheils im germanischen Gerichtsverfahren, in der zweiten und dritten das Princip der Vertheidigung des Beweisrechts im

Digitized by Google

Allgemeinen und in den verschiedenen Fällen vorgelegt wird. In letzter Richtung wird insbesondere das Gerichtszeugniß, die Delictsklage, die Contractsklage, so wie das Beweisrecht im Gebiete des Sachenrechts behandelt. Hieran knüpft der Verfasser eine ausführlichere Abhandlung über Gewehre, die, wenigstens in solcher Ausführlichkeit, vielleicht nicht völlig in die Aufgabe des Werks passen möchte, und geht sodann zum Beweisrecht beim Streite über Personen- und Standesrechte über. In der 4. Abtheilung zieht er seine bereits erwähnten Resultate aus den vorangestellten geschichtlichen Mittheilungen. In einem Anhange kommt der Verfasser endlich noch insbesondere auf den Executiv-Proceß zurück, in dem er einen Ueberrest des germanischen Processes mit dem Beweismittel des Gerichtszeugnisses, an dessen Stelle später der Urkundenbeweis getreten, sowie mit seinen vielen Präsumtionen wiedererkennt, welcher Erscheinung er eine besondere Bedeutung für das Verständniß und die weitere gesetzliche Entwickelung dieser Proceßart beilegt.

2. Archiv für practische Rechtswissenschaft von Emminghaus ꝛc. (Darmstadt und Leipzig bei E. Zernin 1866). Neue Folge III. Bd. enthält zunächst einen Aufsatz von Kleinschmidt in Darmstadt über die Grundsätze zur Beseitigung von Collisionen bei mehrfacher Veräußerung des nämlichen Gegenstands an verschiedene Personen, vor dessen Eintragung in die betreffenden Bücher; ferner einen Aufsatz von Emminghaus über den Beweis zum ewigen Gedächtnisse und einen Aufsatz desselben Verfasser zur Lehre von der Vergleichung der Handschriften, hiernächst aber eine Anzahl bemerkenswerther Entscheidungen höherer Gerichte.

3. Sächsische Gerichtszeitung (die 3 letzten Hefte des vorigen Jahrgangs und die beiden 1. Hefte des Jahrgangs 1866) enthält im Wesentlichen sächsisches Particular-Strafrecht; doch machen wir auf eine als Miscelle, aus Holzendorf's Strafrechtszeitung de 1865 abgedruckte Mittheilung über die großartigen Arbeiten der Züchtlinge im Zuchthause zu Waldheim, aufmerksam.

Digitized by Google

Bei G. Weiß in Heidelberg erschien soeben das 4. und 5. Heft der

Blätter für Gefängnißkunde.

Organ des Vereins deutscher Strafanstaltsbeamten.

Herausgegeben von dessen Ausschuß.

Inhalt, außer kleineren Artikeln: Mittheilungen über die Straf- und Sicherheitsanstalten im Königreich Hannover, vom Director Lütgen. — Die Anwendung der Einzelhaft auf weibliche Sträflinge mit besonderer Berücksichtigung des Gefängnißwesens im Großherzogthum Baden, vom Pfarrer Mühlhäußer.

Diese beiden Lieferungen schließen den ersten Band der „Blätter für Gefängnißkunde", die in zwanglosen Heften von 3—6 Bogen im Preise von 30—48 kr. oder 9—15 Sgr. jährlich etwa 3—6 mal erscheinen und größere Aufsätze für das Gefängnißwesen, sowie Mittheilungen über die deutschen Strafanstalten, Gefängnißliteratur, Gefangenenlesebücher ꝛc. bringen werden.

Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn in Braunschweig.
(Zu beziehen durch jede Buchhandlung.)

Commentar

zum

allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch.

Von Dr. Friedrich von Hahn,

Oberappellationsgerichtsrath und ordentlicher Professor in Jena.

Zweiter Band. Erste Abtheilung:

Der erste Titel des vierten Buchs des Handelsgesetzbuchs.

gr. 8. Fein Velinpap. geh. Preis 24 Sgr.

Verlag von Carl Rümpler in Hannover.
(Zu beziehen durch jede Buchhandlung.)

Die Staats-Verfassung

des Königreichs Hannover.

Eine Zusammenstellung der die Staats-Verfassung betreffenden Gesetze, Verordnungen und Ausschreiben.

Herausgegeben von

Chr. H. Ebhardt,

Obergerichts-Anwalt und Notar zu Hannover.

Groß Octav. 1860. Brochirt 1 ℛ 15 gr.

Digitized by Google

Verlag von Carl Rümpler in Hannover.
(Zu beziehen durch jede Buchhandlung.)

Sammlung der Verordnungen
für das Königreich Hannover
aus der Zeit vor dem Jahre 1813.
Herausgegeben von **Hermann Christian Ebhardt,**
Obergerichts-Anwalt und Notar zu Hannover.
3 Bde. Gr. Octav. 1854—1855. Broch. 3 ℛ 10 gr.

Gesetze, Verordnungen u. Ausschreiben
für das Königreich Hannover
aus dem Zeitraume von 1813 bis 1839.
Herausgegeben von
Christian Hermann Ebhardt.
8 Bände. Mit Register. Groß Octav. Brochirt 8 ℛ 20 gr.

Gesetze, Verordnungen und Ausschreiben
für das Königreich Hannover
aus dem Zeitraume von 1813—1862
zusammengestellt und mit höherer Genehmigung herausgegeben von
Christian Hermann Ebhardt
Obergerichts-Anwalt und Notar zu Hannover.
Vierte Folge 1856—1862.
4 Bände. Mit Register. Groß Octav. 1863—65. Brochirt 8 ℛ.

Polizeistrafgesetz für das Königreich Hannover
vom 25. Mai 1847 und
Gesetz über die Untersuchung und Aburtheilung von Polizeivergehen
durch die Verwaltungsbehörden
vom 28. April 1859,
so wie die hauptsächlichsten, mit denselben in Verbindung stehenden
Gesetze, Verordnungen und Bekanntmachungen.
Herausgegeben von **G. R. Peterssen,** Obergerichts-Assessor.
Zweite Auflage. Groß Octav. 1865. Brochirt 1 ℛ 20 gr.

Digitized by Google

Neues Magazin

für

hannoverſches Recht.

Siebenten Bandes Zweites Heft.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen und Präjudizien.

1. Controverſen aus dem lüneburgſchen Meierrechte.

Vom Herrn O.-G.-R. Stromeyer in Celle.

(Fortſetzung des Aufſatzes in Band VII p. 128 des N. Mag.)

Von Abfindungen.

41. Iſt bei der Feſtſtellung der Abfindungen derjenige Beſtand des Allodial-Vermögens zu Grunde zu legen, welcher zur Zeit der Hof-Annahme durch den Anerben vorhanden war, oder derjenige, welcher zur Todeszeit des Erblaſſers vorhanden war?

Beim Tode des Meiers fällt der Hof dem Anerben, und ein Anſpruch auf eine Abfindung den jüngeren Kindern ipso jure zu. Daraus folgt, daß — wenn der Vater keine andere Beſtimmung getroffen hat — der Umfang dieſes dem Abfindlinge dann deferirten — wenngleich häufig dann noch nicht fällig werdenden Anſpruches nach dem Beſtande des am Todestage des Erblaſſer vorhanden geweſenen Allodii zu bemeſſen iſt. Es wäre zu wünſchen, daß die Feſtſtellung der Abfindungen bald nach des Erblaſſers Tode vorgenommen und nicht bis zu der Zeit, wo der Anerbe den Hof antritt, aufgeſchoben würde, weil inzwiſchen der Werth des Allodii ſich geändert haben kann, und die Ermittelung des in früherer Zeit ſtattgehabten Werthes oft ſchwierig iſt, namentlich wenn bei Aufnahme des

Digitized by Google

Inventars die darin verzeichneten Gegenstände nicht abgeschätzt sind.

Daß im Lüneburgschen nach obigem Grundsatze verfahren wird, und daß bei der Regulirung von Abfindungen nicht, wie in anderen Provinzen [1]), der Vermögensbestand zur Zeit der Hof-Annahme durch den Anerben zu Grunde gelegt wird, ergeben folgende

Präjudicien:

1) Rescriptum de emendando des O.-A.-G. Sen. II vom 8. Februar 1826 i. c. der Kedder'schen Vormünder und Conf. c. Kedder. H. jur. Zeitung Jahrg. 1833 I S. 25.

2) Urtheil des O.-A.-G. Sen. II vom 23. Febr. 1854 i. c. des Eisenbahnarbeiters Schrader zu Northeim c. den Halbhöfner Schrader in Bilm:

„in Erwägung, daß als Zeitpunkt, welcher bei Ausmittelung des Bestandes des väterlichen Nachlasses und der Erbantheile seiner Kinder der des Anfalles der Erbschaft, also der Todestag des Vaters, zu Grunde zu legen ist" —

3) Urtheil des gr. Senats des O.-G. Celle vom 25. Januar 1855 i. c. der Ehefrau des Brinksitzers Schridde zu Alvesse, Klägerin c. den Halbhöfner G. Stolte daselbst, wegen Herausgabe eines Hofes, jetzt Abfindung:

„der Beklagte wird verurtheilt, der Klägerin eine den Verhältnissen des von ihm besessenen Hofes nebst Allod zur Zeit des Todes des klägerischen Vaters angemessene Abfindung zu entrichten" —

4) Urtheil des gr. Senats des O.-G. Celle vom 8. Febr. 1864 i. c. des Tischlers Muß zu Elze c. den Brinksitzer Hr. F. A. Muß daselbst wegen Abfindung resp. Erbtheilung.

---

[1]) Solches geschieht im Hildesheimschen cf. Busch §. 32, und nach Niemeyer's Ansicht (S. 163), welche durch einige Erkenntnisse unterstützt ist, auch im Hoyaschen. Ebenso ist vom zweiten Senate des O.-A.-G. erkannt in einem Bremischen Falle. Tribunals-Entsch. Jahrg. V. Nr. 70, ebenso in einem Hoyaschen Falle am 3. Juni 1862 cf. Tribunals-Entsch. Jahrg. VI Nr. 120.

Digitized by Google

Abgekürzter Thatbestand: Fr. Muß zu Elze ist 1847 verstorben mit Hinterlassung einer Brinksitzerstelle und einiger angekaufter Grundstücke, und fünf minderjähriger Kinder. Bis 1856 ist der Nachlaß von den Vormündern der Kinder verwaltet, dann ist zufolge einer Vereinbarung vom 27. Febr. 1856 die Stelle nebst Inventar dem ältesten Sohne übergeben, und jedem der jüngeren Kinder eine Abfindung von 100 Thlr. ausgesetzt. Anno 1864 hat der zweite Sohn seinen ältesten Bruder verklagt auf Auskehrung seiner Abfindung zu 1/5 des festzustellenden Werthbetrages des dem Beklagten mit der Stelle übergebenen Inventarii, sowie auf Anerkennung seines Erbrechts zu 1/5 an den vom Vater angekauften Grundstücken sammt Früchten und Zuwachs in Folge der Gemeinheitstheilung. Die 1856 erfolgte Feststellung seiner Abfindung hält der Kläger für unverbindlich, und betrachtet den Moment der Stellannahme als den maßgebenden bezüglich des Bestandes des Allodii.

Der Beklagte hat eingewandt, daß 1856 die Abfindung des Klägers vom gesammten Allodio incl. der zugekauften Grundstücke gültig festgestellt sei, und hält den Todestag des Vaters für den bezüglich des Bestandes des Allodii maßgebenden Zeitpunkt.

Die Klage ist in angebrachter Maße abgewiesen. Gründe:

„Die erhobene Klage ist auf Feststellung und Auskehrung der dem Kläger von dem Allodialvermögen seines Vaters gebührenden Abfindung gerichtet, und zwar nach dessen Bestande zur Zeit der 1856 erfolgten Stellannahme durch Beklagten als Anerben."

— — „Wenn nun Beklagter zunächst beantragt hat, die Klage in angebrachter Maße zurückzuweisen, weil der Bestand des Allodii zur Zeit des Todes des gemeinschaftlichen Vaters maßgebend, während den Anträgen des Klägers der Zeitpunkt der Stellannahme unzulässigerweise zu Grunde gelegt sei, so wird dieser Antrag zunächst einer Prüfung zu unterziehen sein.

„Gerichtsseitig hat derselbe für begründet gehalten werden müssen. Der Anspruch auf Abfindung ist als das Erbrecht der jüngeren Kinder eines Colonen an dessen Nachlaß aufzufassen, derselbe entsteht daher mit dem Tode des stellbesitzenden Vaters. — Nach dieser Auffassung ist der Umfang der dem Anerben

Digitized by Google

und den jüngeren Geschwistern desselben an dem Hofe resp. dem Allode des gemeinschaftlichen Vaters zuzubilligenden Rechte durch den Zeitpunkt des Todes des letzteren bedingt. Der Umstand, ob die Verwaltung des Hofes durch den Anerben selbst oder bei dessen Minderjährigkeit durch gesetzlich nothwendige Vertreter erfolgte, ist für den Umfang des Rechtes eben so wenig maßgebend, als die spätere Feststellung und Auskehrung der Abfindungen eine Aenderung des Objects, aus dem sie zu gewähren, hervorrufen kann. Eine Aenderung dieser an sich zur Anwendung zu bringenden Grundsätze durch Gewohnheitsrecht ist nicht behauptet. Als Selbstfolge vorstehender Grundsätze gebührt dem Anerben seit dem Ausscheiden des Vorbesitzers der von der Stelle bis zur eigenen Uebernahme von den Vormündern erzielte Erwerb, während der Bestand des gesammten auch untrennbaren (?) Allodii, aus dem den Geschwistern eine Abfindung in der gesetzlich normirten Weise gebührt, nach dem Zeitpunkte der Successions-Eröffnung festzustellen ist." — — —

Wenn der Vater bestimmt hat, daß die Festsetzung der Abfindungen erst zu einer späteren Zeit, z. B bei der Volljährigkeit des Anerben oder bei der Hofannahme vorgenommen werden solle, so ist das nicht unzulässig. Das Motiv einer solchen Verfügung pflegt der Wunsch des Vaters zu sein, daß die Aufkünfte des Hofes von seinem Tode an bis zu jenem späteren Zeitpunkte allen Kindern zu Gute kommen sollen, und daß bei der Feststellung der Abfindungen der dann stattfindende Werth des allodialen Vermögens zu Grunde gelegt werden solle.

Darüber ob — wenn in einem solchen Falle in der Zeit vom Tode des Vaters an bis zur Feststellung der Abfindungen eins der Kinder des Erblassers verstorben ist, dasselbe bei der Bestimmung der Erbschaftsquote der einzelnen Kinder mitzuzählen sei, oder ob es als gar nicht vorhanden gewesen zu betrachten sei, cf. Neues hannov. Magazin Bd. II S. 247.

---

42. Feststellung der Abfindungen durch den Vater oder durch Vertrag des Anerben mit seinen Geschwistern, oder durch das Gericht.

I. Die Abfindung der Meierkinder wird meistentheils vom

Digitized by Google

Vater festgesetzt in dem Uebergabe-Vertrage, wodurch er schon bei seinen Lebzeiten seinen Hof dem Anerben abtritt und für sich eine Leibzucht ausbedingt.

Die gegen die Gültigkeit solcher Verträge aus der Personen-Einheit zwischen dem Vater und dem Anerben hergeleiteten Bedenken sind unbegründet, da man diese römisch-rechtlichen Grundsätze für solche Geschäfte des Bauernrechts als durch Gewohnheit aufgehoben betrachtet. Busch S. 118 und 127.

Das O.-A.-G. Celle hat i. c. Naue c. Lindenberg am 2. März 1855 erkannt:

„An der Rechtsbeständigkeit des Abfindungsvertrags sei nicht zu zweifeln, da die Minderjährigkeit des Hauskindes dessen Handlungsfähigkeit nicht beschränkt, und die im römischen Rechte erkennbare Unzulässigkeit von Obligationen zwischen Vater und Hauskinde in Deutschland nicht die Aufnahme gefunden hat, daß sie die, auf künftiger Selbständigkeit der Hauskinder berechneten Abfindungsverträge der vorliegenden Art unter Personen des Bauernstandes zu verhindern vermöchte, übrigens auch, nach nunmehr geendigter väterlicher Gewalt der Abfindungsvertrag nach der Strenge des römischen Rechts als naturalis obligatio eine Einrede erzeugen würde."

Dieses von Busch S. 127 not. c. citirte Urtheil scheint vom dritten Senate in einer Hildesheimschen Sache erlassen zu sein.

Auch der zweite Senat des O.-A.-G. hat ähnlich erkannt unterm 23. Juni 1854 i. c. des Anerben Andr. Armbrecht zu Isenbüttel c. den Hofbesitzer W. Armbrecht daselbst, wegen Herausgabe eines Hofes (cf. Seuffert Archiv Bd. IX Nr. 44:

„Die römisch-rechtlichen Grundsätze über die aus der fingirten Personeneinheit hervorgehende Unzulässigkeit von Verträgen zwischen den Vater und dem unter seiner väterlichen Gewalt befindlichen Sohne sind allerdings auf die meierrechtlichen Verhältnisse insofern nicht zur Anwendung zu bringen, als nach den besonderen Eigenthümlichkeiten der letzteren die Grundsätze des einheimischen und fremden Rechts miteinander in Widerspruch gerathen. Somit bleibt gegen die Anwendung des Römischen Rechts auf die aus dem Gesichtspunkte einer anticipirten Erbfolge zu betrachtenden Hofes-Ueber-

Digitized by Google

tragungen seitens des Hofwirthes auf den Hofesanerben ausgeschlossen." — — —

Ebenso ist vom O.-A.-G. Sen. II i. c. Justinus Meyer c. H. Meyer und im Mai 1857 i. c. Hürke c. Bischoff erkannt.

Häufig werden bei solchen Verträgen die Abfindlinge nicht zugezogen. Falls dieselben sich damals noch in väterlicher Gewalt befanden, war der Vater allerdings befugt, als ihr Vertreter mit dem Anerben zu contrahiren und für sie die vom Anerben übernommenen Verpflichtungen zu acceptiren. Disputabel ist es aber, ob er auch die Abfindungen seiner aus der väterlichen Gewalt entlassenen Kinder ohne deren Zuziehung in der Form eines mit dem Anerben abgeschlossenen Vertrages festsetzen könne. Anscheinend hat der kl. Senat des Obergerichts Marienburg dies für zulässig erkannt in dem von Niemeyer S. 172 angeführte Urtheile vom 26. Januar 1854 i. c. Cohrs c. Thiermann.

Busch sagt S. 128: es sei als wahres Gewohnheitsrecht zu bezeichnen, daß bei einem Vertrage zwischen dem Vater und dem Anerben über die den übrigen Kindern zu zahlenden Abfindungen die Abfindlinge durch den Vater wirksam vertreten werden. Ihrerseits bedürfe es keiner Acceptation der vom Anerben übernommenen Verpflichtungen, sie können ohne Weiteres auf Erfüllung der zu ihren Gunsten getroffenen Stipulationen klagen, cf. Seuffert Archiv I Nr. 78, III Nr. 90.

Sehr bedenklich scheint mir ein in der juristischen Zeitung de 1847 F 63 citirtes obergerichtliches Erkenntniß: daß die Meierwittwe, welche nach ihres Ehemanns Tode einstweilen die Wirthschaft fortgeführt hätte, befugt gewesen sei, ohne Zuziehung ihrer Kinder oder deren Vormünder, die Abfindung ihrer Kinder festzustellen.

Die unpräcise Fassung solcher Verträge veranlaßt häufig die Erörterung der Controverse:

ob ein Meierkind durch die ihm vom Vater ausgesetzte Abfindung nur theilweise oder völlig vom Allodialvermögen des Vaters abgefunden sei?

Die älteren vaterländischen Schriftsteller, welche einer Zeit angehören, wo der Bauer außer demjenigen, was er zur Verbesserung seines Hofes verwendet, selten sich noch Allodialver-

Digitized by Google

mögen erwarb, vertheidigen den Satz, daß dasjenige Meierkind, welches eine Abfindung (auch Ablage, Brautschatz oder portio filialis genannt) erhalten habe, damit vom elterlichen Vermögen vollständig abgefunden sei, z. B. Struben de jur. vill. acc. 20, Strube rechtl. Bed. III 18 (neue A. Bd. II Bed. 312 Seite 75 a. E. Pufendorf obs. II 33, III 27,

Unter Berücksichtigung des Umstandes aber, daß der Bauer, in Folge der Ablösungen, der Gemeinheitstheilungen und rationell betriebener Landwirthschaft, jetzt nicht selten erhebliches Capitalvermögen erwirbt, erklären die neueren Autoren es für eine reine Thatfrage, ob der Meier durch die Feststellung einer Abfindung für eins seiner Kinder eine völlige oder nur eine partielle Abfindung desselben von seinem Allodialvermögen beabsichtigt und bewirkt habe. Bülow und Hagemann I 38, Busch S. 124, Grefe Th. II, S. 226. Niemeyer S. 173.

In einem Hildesheimischen Falle, Tolle c. Traube, hat die Justiz-Canzlei Hildesheim in zweiter Instanz am 16. April 1831 erkannt: daß Bauerntöchter durch den Brautschatz als solchen ohne besondere Bestimmung der Eltern für abgefunden vom gesammten elterlichen Vermögen keinesweges zu halten seien. Das O.-A.-G. hat aber am 14. November 1832 reformatorisch erkannt: die Ablobung, welche eine Tochter aus einem reihepflichtigen und untheilbaren Bauerhofe bei Gelegenheit ihrer Verheirathung erhalte, müsse in der Regel für deren völlige Erbportion angesehen werden. (Jur. Zeitung 1833 II, 12.)

Busch versichert jedoch S. 124 not. h., daß die Justiz-Canzlei bei ihrer Ansicht verblieben sei.

Ebenso ist erkannt vom Sen. I des O.-A.-G. im Urtheile vom 26. Februar 1857 i. c. Rehling c. Bültersche Curatoren. cf. Magazin Bd. VII S. 245. Niemeyer S. 173.

Nach der richtigen, jetzt herrschenden Ansicht, wird also in jedem Falle zu prüfen sein, ob aus dem Contracte und sonstigen etwa concurrirenden Umständen mit Sicherheit erkannt werden könne, daß der Vater beabsichtigt habe, die festgesetzte Abfindung solle den ganzen Erbtheil des Kindes ausmachen, oder ob seine Absicht nur dahin gegangen sei, dem Kinde vorläufig bei seiner Verheirathung, Besetzung oder einer anderen Gelegenheit Etwas zuzuwenden, was demnächst auf dessen Erbtheil angerechnet

Digitized by Google

werden, denselben aber nicht erschöpfen solle. Im Zweifel wird man anzunehmen haben, daß eine vollständige Abfindung von dem ganzen Vermögen nicht beabsichtigt gewesen sei.

II. Es kommt auch vor, daß der Meier schon bei seinen Lebzeiten, ohne eine Hofübergabe und Leibzuchts-Beziehung damit zu verbinden, einem seiner Kinder bei dessen Verheirathung oder einer ähnlichen Gelegenheit eine Abfindung ausbezahlt oder doch zusichert. Wenn derselbe dabei seine Absicht ausgesprochen hat, daß die zugetheilte Abfindung den ganzen Erbtheil des Kindes ausmachen sollte, so kann man in diesem Rechtsgeschäfte eine verfrühte Erbfolge dieses Kindes in seinen Allodialerbtheil erblicken, deren Realisirung nicht mehr davon abhängig ist, daß das Kind den natürlichen Tod des Vaters erlebe.[1]) Daraus folgt, daß ein so abgefundenes Kind beim Tode des Vaters an dessen Erbschaft nicht Theil nimmt, selbst wenn sich dann herausstellen sollte, daß ihm weniger zu Theil geworden, als nunmehr seine Geschwister erhalten haben, — daß dasselbe aber auch nicht zur Rückzahlung angehalten werden kann, wenn der Erbtheil der Geschwister geringer ausfällt, als jene früher festgestellte Abfindung. Das Kind, welches viele Jahre vor des Vaters Tode seine Abfindung feststellen ließ, hat ein gewagtes Geschäft abgeschlossen, und solche können selbst wegen laesio enormis nicht angefochten werden. Der Verfasser des Aufsatzes in der Jur. Zeitung de 1833 I S. 4 hielt in einem solchen Falle selbst die actio suppletoria für unzulässig. cf. Trib.-Entsch. Jahrg. I Nr. 14 S. 16. Urtheil des O.-A.-G. Sen. II am 9. October 1855 i. c. Schlöbohm c. Römer.

Die wichtigste Folge jenes Grundsatzes ist, daß wenn das

---

1) Urtheil vom 11. Juli 1842 i. c. Volland c. Höltje in der H. jur. Zeitung Jahrg. 1846 I. S. 173: „Eine anticipirte Erbfolge findet Statt, wenn das Kind eines Colons noch bei dessen Leben auf irgend eine Weise vom Hofe abgefunden wird.

v. Düring führt im H. Magazine Bd. VII S. 247 aus: auch in dem Falle, wo der Vater, ohne gleichzeitig den Hof abzutreten, z. B. bei Gelegenheit einer bloßen Ausheirathung seiner Töchter, die Abfindung aus dem Hofe oder dem ganzen Vermögen feststelle, sei anzunehmen, daß eine anticipirte Beerbung des Vaters durch die Abfindlinge eingetreten sei.

Digitized by Google

so abgefundene Kind vor dem Vater verstirbt, die Descendenten dieses Kindes, welche sonst aus eigenem Rechte ihren Großvater beerbt haben würden, nunmehr an dessen Nachlaß keinen Anspruch mehr haben. So ist vom O.-A.-G. erkannt unterm 26. Februar 1857 i. c. Rehling c. Bültersche Curatoren. cf. Niemeyer S. 173 und H. Magazin Bd. VII S. 245, wo jene Grundsätze weiter erörtert sind.

Sollte das abgefundene Kind im Pflichttheile verletzt sein, so steht ihm in der Regel die actio suppletoria zu, — im umgekehrten Falle aber können seine im Pflichttheile verletzten Geschwister eine Klage nach Analogie der querela inofficiosae dotis vel donationis anstellen.

Eine Ausnahme von jenem Grundsatze dürfte dann eintreten, wenn der Vater auf der Leibzucht durch besondere Glücksfälle erhebliches Vermögen erworben hat, und anzunehmen steht, daß er das abgefundene Kind von der Theilnahme daran nicht ausgeschlossen haben würde, wenn er zur Zeit der festgestellten Abfindung von diesem bevorstehenden Glücksfalle etwas gewußt hätte. Jur. Zeitung 1833 I. 5. Carstens §. 114 ff. Pufendorf obs. III. 27.

Die nach römischem Rechte dem Vater beim Tode seiner Tochter zustehende Befugniß zur Rückforderung der dos profectitia findet auf den Brautschatz unter Bauern keine Anwendung. H. Magazin S. 279, VII, S. 248.

III. Seltener erfolgt die Feststellung der Abfindungen in einer letztwilligen Disposition des Vaters (testamentum oder divisio parentis inter liberos). Eine solche ist widerruflich, eine vertragsmäßige Feststellung nicht.

IV. Wenn der Meier gestorben ist, ohne zuvor die Abfindungen seiner Kinder festgestellt zu haben, so werden die Abfindungen in der Regel vertragsmäßig von dem Anerben mit seinen abzufindenden Geschwistern resp. deren Vormündern festgestellt. Eines decreti de alienando bedürfen die Vormünder dazu nicht, weil es eine nothwendige Veräußerung ist. Solche Vereinbarungen sind vor der Obrigkeit vorzunehmen. Derselben steht dabei eine Einwirkung zu, — wenn aber über die Größe der Abfindungen eine gütliche Vereinbarung nicht erreicht wird, ist die Obrigkeit nicht competent, eine Entscheidung darüber

Digitized by Google

abzugeben, hat vielmehr die Sache in den Weg Rechtens zu verweisen.

V. Wenn über die Berechtigung zu einer Abfindung oder über die Größe derselben Streit entsteht, so ist dieser im Wege des Processes durch eine hereditatis petitio oder eine Theilungsklage zu beseitigen. Mit Busch S. 132 halte ich es für rathsam, daß die Obergerichte bei solchen Processen sich auf die Entscheidung der eigentlichen Streitpunkte beschränken, und es den Parteien überlassen, die eigentliche Feststellung der Abfindungssumme vor dem Amtsgerichte der belegenen Sache zu erwirken, da die Amtsrichter vermöge ihrer Bekanntschaft mit der Ortssitte und den Persönlichkeiten mehr in der Lage sind, angemessene Vereinbarungen zu veranlassen. Der gr. Senat des O.=G. Celle hat in S. Schridde c. Stolte am 25. Januar 1855 erkannt:

„Der Beklagte wird verurtheilt, der Klägerin eine den Verhältnissen des von ihm besessenen Hofes nebst Allod zur Zeit des Todes des klägerischen Vaters angemessene Abfindung zu entrichten. Behuf Feststellung dieser Abfindung haben die Parteien zunächst den Gutsherrn über den beklagtischen Hof anzugehen, und bleiben denselben, falls in diesem Wege eine zufriedenstellende Regelung nicht erfolgen sollte, die Anträge auf ein gerichtliches Liquidationsverfahren vorbehalten."

Zweckmäßiger möchte es sein, die Parteien zunächst an das Amtsgericht zu verweisen, da der Gutsherr nicht immer geneigt sein wird, sich mit der Leitung der Verhandlungen zu befassen, besonders wenn die Ansichten der Parteien noch weit auseinander gehen.

Uebrigens ist eine obrigkeitliche Einwirkung bei der durch Richterspruch erfolgten Festsetzung von Abfindungen nicht erforderlich, Niemeyer S. 165. Eine Klage über das Recht auf eine Abfindung kann nicht gegen den Interimswirth gerichtet werden.

Urtheil des gr. Senats des O.=G. Celle vom 14. Juli 1864 i. c. der Jasperschen Erben zu Kl. Grindau Kläger c. die Köningschen Vormünder daselbst, wegen Abfindung:

„Ferner kann die Ansicht, daß der Interimswirth bezüglich einer Abfindungsklage, welche nicht auf Zahlung einer bereits

Digitized by Google

feststehenden Abfindung geht, sondern das Recht auf Abfindung bezielt, der richtige Beklagte sei, nicht gebilligt werden, indem der Interimswirth eben nur den Hof während seiner Wirthschaftsführung vertritt, nicht aber auch den Anerben wegen seiner sonstigen Verhältnisse, als Nachfolger des früheren Hofwirths."

---

43. Die ältere Vorschrift, daß Ehestiftungen und sonstige Verträge, worin Abfindungen festgestellt sind, bei Strafe der Nichtigkeit bei der Obrigkeit angemeldet, und den Gerichtsbüchern einverleibt werden sollen, ist aufgehoben.

Im Caput XXIII §. 2 der Polizei-Ordnung ist bestimmt:

„Wenn aber Bürger oder Bauern ihre Töchter oder Schwestern aussteuren, so soll der Brautschatz auf vorhergehende genugsame Erkundigung mit Vorwissen und Beliebung der Beamten oder des Raths in den Aemtern, Städten oder Flecken, in welchen der Promissor oder Aussager gesessen, specificiret und gesetzet, auch was deshalb versprochen und zugesaget, dem Amts- oder Gerichtsbuch einverleibt werden, also daß, wenn dawider gehandelt, und unsere Beamte oder der Rath darin vorbey gangen, die Versprechungen für sich null nichtig und kraftlos seyn und dem Bräutigam zur Bezahlung nicht verholfen werden soll."

Diese Bestimmung ist bestätigt durch die Landes-Resolution vom 26. November 1686, sub 7.

Es fragt sich, ob diese Bestimmungen noch gelten? —

Niemeyer S. 122 nimmt an, daß sie durch das Gesetz vom 16. December 1843 beseitigt seien, m. E. mit Recht. Es kann freilich Bedenken erregen, daß im §. 1 jenes Gesetzes bei der Aufzählung der aufgehobenen älteren gesetzlichen Bestimmungen des Cap. XXIII der Polizei-Ordnung nicht genannt ist. Allein da im §. 1 des Cap. XI der Polizei-Ordnung die Anmeldung und Eintragung aller Contracte in die Gerichtsbücher vorgeschrieben ist, namentlich auch die Eintragung der Ehestiftungen (verbis „auch wann es Ehe-Sachen seyn") und da die §§. 1 und 2 des Cap. XI der Polizei-Ordnung durch den §. 1 des

Digitized by Google

Contractengesetzes aufgehoben sind, so ist anzunehmen, daß damit auch die specielleren Vorschriften des Cap. XXIII haben beseitigt werden sollen, und daß es nur ein Redactionsfehler sei, wenn im §. 1 des Contractengesetzes die Aufhebung des Cap. XXIII nicht ausdrücklich erwähnt ist.

---

44. Ist zur Festsetzung von Abfindungen gutsherrlicher Consens bei Strafe der Nichtigkeit erforderlich?

Die im Lüneburgschen geltenden Gesetze geben über diese Frage keine bestimmte klare Auskunft. Der Art. VII der Landesresolution vom 26. November 1686 (C. C. L. cap. IX p. 25) bestimmt:

„Wegen Beschreibung der Ehe-Stiftungen und Ertheilung der Ehezetteln lassen es Ihr. Durchl. bei demjenigen, was in Dero Polizei-Ordnung cap. XI, XXII und XXIX hiervon verordnet, dergestalt gnädigst bewenden, daß zwar bei Vermeidung der darin gesetzten Strafe der Annullation, wie bishero, also auch inkünftige die Ehe-Beredungen bei den Aemtern, Voigteyen und adelichen Gerichten, darunter die Leute gesessen, in die Amts- und Gerichts-Bücher eingeschrieben, und darauf der Trau-Zettel ertheilet werden soll; Da aber Guts-Herrn vorhanden, sollen die Ehe-Stiftungen vorhero vor denselben, und zwar jedesmal demjenigen, deren Guts-Mann der Bräutigam ist, (wann zuvorderst auch der Braut Guts-Herr wegen des aus seinem Hofe promittirten Braut-Schatzes seinen Consens wird ertheilet haben) nach der Güter Zustand behandelt, und darauf vor den Aemtern und Gerichten in die Amts- oder Gerichts-Protocolla gebührend eingeschrieben werden."

Bei oberflächlicher Ansicht dieser Verfügung könnte man dafür halten, daß alle des gutsherrlichen Consenses entbehrende Ehestiftungen nichtig seien. Allein das wäre unrichtig, — das Gesetz knüpft die Folge der Annullation nur an die Unterlassung der gerichtlichen Anmeldung, und verfügt zwar, daß der

Digitized by Google

gerichtlichen Anmeldung die Behandlung bei den Gutsherren der Brautleute vorhergehen solle, bedroht aber die Nichtbeachtung dieser Vorschrift nicht mit der Strafe der Nichtigkeit. Man ist auch darüber einig, daß nicht alle Ehestiftungen des gutsherrlichen Consenses bedürfen, daß namentlich zur Feststellung von Abfindungen in einer Ehestiftung gutsherrlicher Consens dann nicht erforderlich sei, wenn die Abfindungen aus vorhandenem reinen Allodialvermögen bezahlt werden sollen. Man hat aber in neueren Zeiten immer angenommen, daß in den Fällen, wo gutsherrlicher Consens zur Feststellung von Abfindungen nöthig ist, der Mangel desselben Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge habe. In welchen Fällen ist nun aber gutsherrlicher Consens dazu erforderlich?

Bei Prüfung dieser Frage sind einige für das Hoyasche erlassene Bestimmungen vielleicht von Interesse.

Der Hoyasche Landtagsabschied vom 6. Februar 1697 (C. C. L. cap. IX p. 62) bestimmt sub VI: daß gutsherrlicher Consens erforderlich sei, *wann aus den Höfen einiger Brautschatz oder sonst etwas ausgelobet werde.*

Der Ausdruck „*aus den Höfen*" muß hier in einer vom Wortsinne verschiedenen Bedeutung gebraucht sein, da es nach der Red.-O. vom 1. Juli 1699 feststeht, daß im Hoyaschen (ebenso wie im Lüneburgschen) Abfindungen nur vom Allodio gegeben zu werden brauchen. Niemeyer S. 158 und Struben d. j. v. III §. 21 sagen: es sei darunter das mit dem Meiergute verbundene Allodium zu verstehen, welches auf den Anerben übergehen muß.

Als eine authentische Interpretation dieses Landtagsabschiedes ist das Regierungs-Rescript vom 18. Februar 1737 an die Hoyasche Ritterschaft und Landschaft anzusehen. (C. C. L. cap. IX p. 103.)

Auf Grund desselben wird (nach Niemeyer S. 122) im Hoyaschen gutsherrlicher Consens nur zu denjenigen Abfindungen gefordert, die aus dem Allodialvermögen, welches mit dem Hofe und der Cultivirung des Landes eine *inseparable Connexion* hat, gegeben werden. Auf das Lüneburgsche können aber jene Bestimmungen nicht unmittelbar angewandt werden, vielmehr höchstens als Hülfsmittel bei der Interpretation der Landes-Resolution vom 26. November 1686 benutzt werden.

Digitized by Google

Von unsern vaterländischen Schriftstellern über das Meierrecht haben sich folgende über unsere Frage geäußert:

Carstens §§. 210—212 hält gutsherrlichen Consens nur dann für nöthig, wenn die Abfindungen aus dem Vermögen, welches er all. conjunctum nennt, gegeben werden.

Struben de j. v. cap. III §. 21 und acc. 22 sagt: Die Landes-Resolution von 1686 §. 7 fordre gutsherrlichen Consens zur Ehestiftung wegen des aus dem Hofe promittirten Brautschatzes; — dies sei zu beziehen auf Abfindungen, welche aus dem all. conjunto gegeben werden. Der Gutsherr habe ein Interesse sich zu überzeugen, daß jenes Allod nicht zu hoch berechnet werde, und die Abfindungen nicht zu hoch angesetzt werden. Wenn aber die Abfindungen aus dem reinem mit dem Hofe in keiner Verbindung stehenden Allodialvermögen gegeben werden, brauche der Gutsherr nicht gefragt zu werden.

Bülow und Hagemann Bd. VII E. 57 sagen:

Die Abfindungen der Meierkinder erfolgen entweder aus dem Hofe und dem damit untrennbar verbundenen Allodio, — oder aus dem freien mit keinem gutsherrlichen Nexus behafteten Allodialvermögen z. B. Baarschaften, oder aus beiden zugleich; — im ersten und letzen Falle sei gutsherrlicher Consens dazu nöthig, im zweiten nicht.

Der ungenannte Verfasser der Abhandlung über Abfindungen in der Jurist. Zeit. de 1833 I. S. 9, (welcher die in der Red.-O. als Allod bezeichneten Gegenstände in all. connexum oder inseparable und non connexum oder separabile eintheilt) ist der Meinung, gutsherrlicher Consens sei nicht erforderlich, wenn die Abfindungen lediglich aus dem all. non conjunto stipulirt werden, wohl aber, wenn sie das all. conjunctum berühren. Zur Klarheit führen jene Citate nicht, weil man ungewiß bleibt, was Alles von jenen Autoren zum all. conjunto gerechnet wird, insbesondere ob sie auch das Wirthschaftsinventar dazu zählen. Ich halte es mit Niemeyer S. 43 für zweckmäßig, jene Ausdrück emöglichst zu vermeiden, und das Allodialvermögen in drei Abtheilungen zu zerlegen:

1) Das cohärirende allodium d. i. den halben Werth einiger mit dem Grund und Boden des Meierguts zusammenhängender Gegenstände, nämlich der neueren Gebäude und der

Digitized by Google

noch nicht geerndteten Früchte, mit Ausnahme von Gras und Mast, welche ganz Meiergut sind.

2) Das Wirthschafts-Inventar d. i. dasjenige bewegliche Vermögen, was zur Wirthschaftsführung auf dem Hofe nöthig, oder doch vom Meier als dazu dienlich angeschafft und gehalten ist, namentlich Vieh, Ackergeräthe, die eingeernteten Früchte, die nöthigen Betten, Leinen und Hausgeräthe ꝛc.

3) Das freie allodium d. i. alles übrige Vermögen, namentlich das baare Geld, ausstehende Forderungen, goldene und silberne Geräthe, Bücher, musikalische Instrumente ꝛc.

Darüber sind Alle einverstanden, daß gutsherrlicher Consens nicht erforderlich sei, wenn die Abfindung aus der dritten Abtheilung (dem freien Allodio) entrichtet wird, daß dagegen gutsherrlicher Consens nöthig sei, wenn der Meier eine Zubehörung des Meierguts z. B. einen Acker oder ein auf Meierboden stehendes Haus zur Abfindung weggeben will. Ein solches Haus gehört immer ganz zum Meiergute, wenngleich unter Umständen der halbe Werth desselben zum allodio gerechnet werden muß.

Ferner wird auch Niemand die Nothwendigkeit des gutsherrlichen Consenses bestreiten, wenn die zweifelsohne zum allodio conjuncto gehörenden pendenten Früchte zur Abfindung gegeben werden sollen (Abtheilung 1).

Man könnte nun noch weiter gehen, und behaupten, daß gutsherrlicher Consens auch dann nöthig sei, wenn etwas aus der zweiten Abtheilung (dem Wirthschaftsinventar) zur Abfindung gegeben werden soll. Zur Unterstützung dieser Ansicht könnte gereichen, daß unter den im Regierungs-Rescripte vom 18. Februar 1737 genannten Stücken, welche mit dem Hofe und Cultivirung des Landes eine inseparable Connexion haben, möglicherweise auch das Wirthschaftsinventar verstanden ist. Der Gutsherr ist jedenfalls sehr dabei interessirt, daß der Hof nicht von dem erforderlichen Wirthschaftsinventare entblößt werde. —

Allein da es unklar ist, was die Regierung unter den Dingen verstanden hat, welche mit dem Hofe und der Cultivirung des Landes eine inseparable Connexion haben, so scheint es mir räthlich jenes Regierungs-Rescript ganz unbe-

Digitized by Google

rücksichtigt zu lassen, und lediglich aus dem Gesetze selbst zu argumentiren. — Die Red.=O. zählt aber im Cap. II. §. 3 als Bestandtheile des freien allodii außer dem Hausgeräthe auch die Mobilien, die instrumenta rustica und alles auf dem Hofe vorhandene große und kleine Vieh auf, also die hauptsächlichsten Stücke jedes Wirthschaftsinventars.

Hiernach scheint es mir keinem Zweifel zu unterliegen, daß das Wirthschaftsinventar zum freien allodio gerechnet werden muß, daß man aber zum Wirthschaftsinventar eines Meiers diejenigen Dinge nicht zählen darf, welche in der Red.=O. sub. II und III als zur Consistenz des Hofes gehörige aufgeführt sind, namentlich den vorhandenen Dünger und Plaggen=Mieten, die noch in den Wiesen und Weiden befindlichen Grasungen und die noch auf den Bäumen hängende Mast, — die Hälfte der von der Aussaat zu erwartende Korn=, Stroh= und Flachs=Erndte, und die Hälfte des noch im Felde oder Garten stehenden und hängenden weißen Kohls und Obstes.

Da nun das Gesetz das allodium als das freie Eigenthum des Meiers ansieht, und da wegen des zur Fortführung der Wirtschaft auf dem Hofe unentbehrlichen Inventarii nichts Besonderes verordnet ist, so muß ich annehmen, daß der Meier auch über das Wirthschafsinventar frei verfügen kann, und daß er, — wenn er davon etwas an die Abfindlinge weggeben will, dazu des gutsherrlichen Consenses nicht bedarf. Ich nehme hiernach an, daß zu Abfindungen gutsherrlicher Consens nur dann erforderlich sei, wenn etwas, was nach den Bestimmungen der Red.=O. zum Hofe oder dessen Consistenz gehört, oder wenn etwas vom cohärirenden allodio weggegeben werden soll.

Zur Feststellung von Abfindungen bei den durch Ablösung frei gewordenen Höfen ist selbstverständlich gutsherrlicher Consens nicht mehr erforderlich. Insoweit aber zu einem solchen Rechtsgeschäfte, wenn es vor der Beseitigung des gutsherrlichen Verbandes vorgenommen wäre, gutsherrlicher Consens erforderlich gewesen sein würde, muß die Verhandlung vor der Ortsobrigkeit vorgenommen werden, und von dieser eine Urkunde darüber errichtet werden. Der Obrigkeit steht dabei ein Recht zur Einwirkung dahin zu, daß die wegen Erhaltung der Güter

Digitized by Google

bestehenden Anordnungen nicht überschritten werden; cf. §. 3 der V. vom 23. Juli 1833, Gs. I, 249. Daß es bei diesem §. 3 nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, den Obrigkeiten auch dann, wenn die Abfindung aus dem reinen Allodialvermögen gegeben wird, eine Einwirkung zuzugestehen, hat Niemeyer S. 123 dargethan.

Wenn die Urkunde über eine der obrigkeitlichen Einwirkung unterliegende Feststellung von Abfindungen durch ein Gericht oder einen Notar aufgenommen ist, so erlangt zufolge des §. 2 des die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden hinsichtlich der sogenannten Höfecontracte betreffenden Gesetzes vom 17. Juli 1857 der Vertrag erst durch die Bestätigung der Obrigkeit vollkommen verbindliche Kraft, verleiht jedoch jedem Theile das Recht, innerhalb 8 Wochen einseitig die obrigkeitliche Bestätigung zu beantragen. Verträge, über welche eine öffentliche Urkunde nicht errichtet ist, geben kein Recht auf einseitige Beantragung der Bestätigung.

---

45. Wann werden Abfindungen fällig? Verzinsung der Abfindungen.

Da im Lüneburgschen die Abfindungen in der Regel den Erbtheil des Abfindlings von dem allodialen Vermögen des Colonen ausmachen, so wäre es am natürlichsten, anzunehmen, daß sie auch sofort beim Tode oder dem Hofabtreten des Colonen fällig werden. Aber dies ist nicht der Fall, vielmehr steht jetzt wohl die durch Gewohnheitsrecht ausgebildete Regel fest[1]), daß in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung der Fälligkeitszeit die Abfindung erst dann fällig wird, wenn der Abfindling den Hof definitiv verläßt um eine auf eigene Erwerbsthätigkeit ge-

---

[1]) A. M. Hagemann E. VII. E 57 S. 194. Er behauptet: diejenige Abfindung, welche mit besonderer Rücksicht auf das trennbare allodium oder lediglich aus dem Capital-Vermögen oder sonstigem freien Vermögen festgesetzt sei, könne auch schon vorher, ehe der Abfindling den Hof definitiv verlassen habe, gefordert werden, und nimmt dafür Bezug auf ein Erk. des O.-A.-G. vom Juni 1805 i. c. Schriefer c. Titjen.

Digitized by Google

gründete selbständige Lebensweise zu beginnen [2]), bei Frauenzimmern mit ihrer Verheirathung [3]).

Präjudicien:

1) Erkenntniß der Justiz-Canzlei Celle vom Dec. 1792 i. c. Dreyer c. Dreyer'sche Vormünder bei Bülow und Hag. Bd. III E. 16. S. 107.

2) Urtheil des gr. Sen. des O.-G. Dannenberg vom 11. März 1857 i. c. Gause c. Gause, w. Abfindung:

in Erwägung, daß nach unbestrittenen, im Lüneburgschen geltenden, meierrechtlichen Grundsätzen Abfindungen der Meierkinder nicht eher gefordert werden können, als bis der Abzufindende sich verheirathet oder sonst einen eigenen Haushalt beginnt; — —.

3) Urtheil des O.-A.-G. Sen. II. vom 18. Mai 1858 i. c. der M. Feldmann in Altencelle, Klägerin c. Münkel in Plumhof, w. Abfindung.

Die Klägerin hat den Ehemann ihrer in den väterlichen Hof succedirten Schwester auf Bezahlung ihrer Abfindung verklagt, gestützt auf einen Vergleich vom 1. December 1840, durch welchen der Beklagte sich verpflichtet hat, ihr in dem Falle, wenn sie sich verheirathen oder eine eigene Oekonomie anfangen werde, eine Naturalaussteuer von 300 Thlr. zu entrichten, letztere in der Weise, daß 100 Thlr. sofort bei der Hochzeit oder beim Abzuge vom Hofe zum Zwecke einer eigenen Oekonomie bezahlt werden sollen, der Rest in Terminen, — gestützt ferner auf die Behauptung, daß sie 1851 volljährig geworden sei und damals ihre eigene Oekonomie angefangen habe, indem sie bei ihrer Mutter in deren Leibzuchtswohnung wohne und mit derselben einen gemeinschaftlichen Haushalt führe.

Der Beklagte hat bestritten, daß die Klägerin einen eigenen Haushalt führe, und hat die übrigen der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen eingeräumt. Klägerin hat sodann noch behauptet: im Lüneburgschen können Abfindungen gewohnheits-

[2]) Carstens §. 217, Frank S. 55, Niemeyer S. 165, Hagemann pr. E. fortgesetzt von Spangenberg Bd. IX. S. 305.

[3]) Ein Urtheil des O.-A.-G. vom 5. Mai 1830 in einem Calenbergschen Falle ist citirt von Hagemann l. c. S. 306, mehrere Urtheile in Hoyaschen Fällen von Niemeyer S. 166 ff.

Digitized by Google

rechtlich schon nach erreichter Volljährigkeit gefordert werden, was beklagtischerseits unter Geltendmachung der verz. Einrede der unzulässigen Klageänderung bestritten ist.

Der gr. Senat des O.-G. Celle hat mittelst Urtheils vom 28. Januar 1858 den Beklagten zur Zahlung der Abfindung schuldig erkannt, weil Meierkinder ihre Abfindung schon dann verlangen können, wenn sie zur vollständigen Dispositionsfähigkeit gelangt seien, ohne daß etwas darauf ankomme, ob sie schon eine eigene Oekonomie begründet haben.

Auf die Berufung des Beklagten hat aber der zweite Sen. des O.-A.-G. mittelst Urtheils vom 18. Mai 1858 jenes Urtheil aufgehoben, und die Klägerin aus folgenden Gründen abgewiesen —

in Erwägung, daß der der Klage zu Grunde gelegte Vergleich vom 1. Dec. 1840 den Zeitpunkt und die Voraussetzungen der Fälligkeit der der Klägerin ausgelobten Abfindung vom väterlichen Hofe den Regeln des Meierrechts entsprechend normirt, und zugleich bestimmt, daß wenn Klägerin unverheirathet im Hofe verstorbe, die dann noch unberichtigte Abfindung im Hofe verbleibe;

in Erwägung, daß hiernach der Eintritt der Volljährigkeit allein nicht entscheidend sein kann, es vielmehr darauf ankommt, ob Klägerin, wie sie behauptet, eine eigene Oekonomie begründet hat, diese Behauptung aber von ihr überall nicht genügend substantiirt werden konnte, indem der seit einer Reihe von Jahren unverändert dauernde Aufenthalt bei ihrer Mutter in der dieser zum Altentheil angewiesenen Altentheilskothe und die Verwendung des Verdienstes behuf Führung des gemeinsamen Haushalts eine eigene oder separirte Oekonomie offenbar nicht bildet, Klägerin auch nicht behauptet, daß sie anderweit einen eigenen Hausstand zu gründen beabsichtige,

in Erwägung, daß wenn Klägerin für den ganzen Umfang des Fürstenthums Lüneburg ein Gewohnheitsrecht behauptet, nach welchem die eingetretene Volljährigkeit eines abzufindenden Meierkindes ebensowohl die Fälligkeit der Abfindung bewirke, als die Begründung einer eigenen Oekonomie, — in diesem Vorbringen nicht nur eine unstatthafte Aenderung der auf den Contract gestützten Klage liegt, sondern, hiervon abgesehen, daß-

Digitized by Google

selbe auch um deswillen nicht würde zum Beweise zu verstellen sein, weil das Gegentheil in der Notorietät beruht — Als wird ꝛc.

4) Urtheil des O.=A.=G. von 1855 i. c. Westermann c. Meyer (cf. Trib.=Entsch. Jg. III, Nr. 47.)

5) Urtheil des O.=A.=G. vom 9. Oct. 1857 i. c. Gause c. Gause (cf. Trib.=Entsch. Jg. III, Nr. 49.)

Als eine die Fälligkeit der Abfindung bewirkende selbständige Lebensstellung ist das Dienen als Gesell oder Dienstbote nicht zu erachten.

Vom kl. Sen. des O.=G. Nienburg ist erkannt: (cf. Niemeyer l. c.) Die Abreise nach Amerika mit der Absicht der Uebersiedelung sei als ein gänzliches Verlassen des Hofes anzusehen, — ferner auch die Anstellung als Landgendarm.

Der gr. Sen. des O.=G. Nienburg hat den Militairdienst eines angeworbenen Cavalleristen als eine Trennung vom Hofe nicht anerkannt. Dagegen hat die Justiz=Canzlei Celle in dem oben sub 1 citirten Erkenntnisse i. c. Dreyer c. Dreyer'sche Vormünder den Eintritt in Kriegsdienste als ein Verlassen des Hofes angesehen. Ebenso hat die Justiz=Canzlei Celle am 19. October 1819 i. c. Marben c. Meyn erkannt, in welchem Falle der Abfindling als Soldat 1813 ins Feld gezogen und nicht zurückgekehrt war. Das O.=A.=G. hat jedoch nach erhobener Nullitätsquerel am 4. October 1820 reformatorisch erkannt, und dabei ausgesprochen: daß aus dem Eintreten in Kriegsdienste die Absicht des Abfindlings, den Hof auf immer zu verlassen, nicht gefolgert werden könne. Jur. Zeitung 1826, II. 148.

Im Magazin Bd. IX. S. 69 ist ausgeführt: Die Abfindung werde auch dann schon fällig, wenn der zur Zahlung derselben verpflichtete Colon den Hof verkaufe, oder wenn der Hof in seinem Concurse verkauft werde, — falls nicht vom Verkäufer mit dem Käufer unter Zustimmung des Abfindlings vereinbart werde, daß der Käufer die Zahlung der Abfindung zur früher festgestellten Fälligkeitszeit übernehmen solle.

Die ebendaselbst Note ***) aufgeworfene Frage, ob der Colon berechtigt sei, die Abfindung vor der Fälligkeitszeit auszuzahlen, glaube ich mit Niemeyer verneinen zu müssen, weil nach gezahlter Abfindung das Recht des Abfindlings erlischt, in

Digitized by Google

Nothfällen auf den Hof zurückzukehren, und er dabei interessirt sein kann, daß die Aufhebung dieses Rechtes nicht früher als zur gehörigen Zeit vor sich gehe. Wegen der Frage, ob schon vor Eintritt der Fälligkeit eine Klage auf richterliche Feststellung der Abfindung zulässig sei? — cf. Niemeyer S. 163 und die von ihm angeführten Urtheile 4, 5, 6, 8, 15.

Verzinsung der Abfindungen.

Herkömmlich besteht im Lüneburgschen die Regel: daß Abfindungen vor ihrer Fälligkeit nicht verzinset werden. Bezüglich des Hoyaschen bezeugt dies Niemeyer S. 165, unter Anführung eines Urtheils (Nr. 15) des gr. Sen. des O.-G. Nienburg vom 23. Mai 1861 i. c. Meyer c. Meyer, und eines andern vom 5. Juli 1858 i. c. Meyersche Vormünder c. Meyer S. 141.

Spangenberg (in Hagemanns Erört. Bd. IX. S. 305) gesteht dagegen dem Abfindling, welcher nicht mehr im Hofe ernährt wird, aber denselben verlassen hat, ohne eine eigene Oekonomie zu begründen, das Recht zu, Verzinsung der Abfindung vom Monate seines Abganges vom Hofe an zu fordern. — Für diese Meinung wird geltend gemacht: (cf. Busch §. 33 S. 135) von einer Verzinsung könne, solange der Abfindling auf dem Hofe ernährt werde, keine Rede sein, weil derjenige, welcher die Naturalfrüchte eines Nachlasses in Gemeinschaft mit seinen Miterben genieße, keinen Anspruch auf Civilfrüchte seiner Erbquote habe; — wenn aber diese Erbquote (die Abfindung) zu Gelde angeschlagen sei, wenn mithin der Hofannehmer die Erbschaftssachen durch Kauf erworben habe, so besitze der Colon von dem Momente an, wo der Abfindling den Mitgenuß der Masse aufgegeben habe, zugleich rem et pretium und müsse von jenem Momente an nach l. 13, §. 20 und 21 D. de a. e. v. 19, 1 und l. 5 Cod. eod. 4, 49 die Abfindung verzinsen. Allein die Anwendung jener römischrechtlichen Grundsätze auf ein rein deutsches Institut ist bedenklich. Eine Vereinbarung über die Höhe der Abfindung kann nur gezwungenerweise als ein Kaufcontract angesehen werden, und auf eine vom Vater festgesetzte Abfindung paßt diese Anschauung gar nicht.

Digitized by Google

In c. der Ehefrau Schulze, Liquidantin c. den Kronjägerschen Concurs-Curator, Liquidaten w. Abfindung hat der gr. Senat des O.-G. Celle am 4. Juni 1860 erkannt: es sei anzunehmen, daß ein Anspruch auf Verzinsung einer Abfindungsforderung erst nach erfolgter Feststellung derselben eintrete. — Berufung ist nicht erfolgt.

---

46. Wenn bei der Feststellung der Abfindung eines Meierkindes vertragsmässig festgesetzt ist, daß dieselbe erst bei seiner Verheirathung fällig sein solle, so kann die Abfindung von dem Meierkinde vor seiner Verheirathung nicht gefordert werden, selbst wenn es den Hof für immer verlassen hat.

Von Bülow und Hagemann III. E. 16. S. 106 ist die Behauptung aufgestellt: Die Abfindungen werden fällig, sobald der Abfindling den Hof auf beständig verlassen habe; falls aber in diesem oder jenem Amte ein besonderes Herkommen erwiesen werden könnte, nach welchem die Zahlungsfrist der Ablobung auf den Fall der Verheirathung eingeschränkt wäre, — oder falls in der Ehestiftung die Auszahlung der Abfindung ausdrücklich von der Verheirathung abhängig gemacht sein sollte, so könne der Abfindling doch schon vor seiner Verheirathung die Auszahlung der Abfindung verlangen, sobald er nur ein mit einem abgesonderten Haushalte und mit einer gänzlichen Verlassung des Hofes verknüpftes Gewerbe betreibe.

Allein die dafür angeführten Gründe laufen auf reine Willkür aus Billigkeitsrücksichten hinaus, und können den Richter nicht berechtigen sich über ein bewiesenes Gewohnheitsrecht oder eine Contractsbestimmung hinwegzusetzen. Das dafür citirte Erkenntniß der Justiz-Canzlei Celle vom December 1792 billigt jenen Grundsatz gar nicht. Niemeyer aber S. 166 sub Nr. 11 führt allerdings ein Urtheil des kl. Senats des O.-G. Nienburg vom 25. November 1856 i. c. Kunst c. Kunst an, worin jener Bülow und Hagemannsche Grundsatz adoptirt ist.

Dagegen ist derselbe mit Recht verworfen in folgendem

Digitized by Google

Urtheile des kleinen Senats des O.-G. Celle vom 4. October 1864 i. c. des Vollmeiers Christian Tietje zu Wüsche, Beklagten und Berufungsklägers gegen den Dienstknecht Fr. Tietje in Vollbüttel, Kläger und Berufungsbeklagten, wegen Abfindung.

Der Vater des Klägers, der verstorbene Vollmeier Johann Christian Tietje, hat bei der Verheirathung seines ältesten Sohns Christian, (des jetzigen Beklagten) in dessen Ehestiftung dem Kläger (einem jüngeren Bruder des Bräutigams) eine Abfindung ausgesetzt, bestehend in einem halben Kistenwagen und 200 Rthlr. Conv.-Mze., und hat hinsichtlich der Fälligkeit derselben bestimmt, daß der halbe Kistenwagen bei der Ausheirathung des Abfindlings, 50 Rthlr. im Jahre der Ausheirathung desselben, und dann alle zwei Jahre 20 Rthlr. bis zum völligen Abtrage der Abfindungssumme entrichtet werden sollen.

Der Kläger ist laut der fraglichen Ehestiftung bei der am 12. Juni 1832 vor dem damaligen Königlichen Amte Gifhorn wegen Aufnahme und Bestätigung jener Ehestiftung stattgehabten Verhandlung nicht zugegen gewesen. Dieses Umstandes wegen kann aber die damals erfolgte Feststellung der klägerischen Abfindung nicht als ungültig erscheinen, weil ein Meier für befugt zu halten, ist die Abfindungen seiner Kinder auch ohne deren Zuziehung festzustellen.

Da nun der Kläger seinen Anspruch auf jene väterliche Disposition gestützt hat, in derselben aber bestimmt ist, daß die Abfindung des Klägers erst bei seiner Ausheirathung und theilweise noch später entrichtet werden solle, — und da kein Grund vorliegt, dieser Bestimmung eine von dem klaren Wortsinne abweichende Deutung zu geben, insbesondere diejenige, welche der Kläger zu machen ersucht hat (daß die Abfindung bei seiner Volljährigkeit, in dem Falle aber, wenn er sich schon früher verheirathen werde, bei seiner Verheirathung fällig sein solle) —, so ist seine Klage offenbar zu früh erhoben.

Obgleich es hart erscheint, daß der schon im 51. Lebensjahre befindliche Kläger aus dem Grunde, weil er sich noch nicht verheirathet hat, seine Abfindung zu fordern noch nicht befugt sein soll, so hält sich das Gericht doch nicht berechtigt, jenen Theil der väterlichen Disposition als nicht vorhanden zu be-

Digitized by Google

handeln. Der principalen Beschwerde des Beklagten ist deßhalb insoweit Statt zu geben, daß der Kläger, mit seiner Klage zur Zeit zurückzuweisen und in die Kosten zu verurtheilen ist.

---

47. Müssen Abfindlinge die väterliche Erbschaft antreten, oder gilt auch bei Abfindungen der Rechtssatz „— der Todte erbt den Lebendigen"?

Nach der Rechtsparömie „der Todte erbet den Lebendigen" (le mort saisit le vif), sagt Eichhorn D. P.-R. §. 337, übertrug der Anfall einer Erbschaft die Rechte der Gewehre auf den Erben, wovon die weitere Transmission derselben auch ohne geschehene Ergreifung des Besitzes eine Folge war. In Hinsicht eines Allodialnachlasses gelten jedoch seit der Einführung des römischen Rechts dessen Grundsätze über die Erwerbung einer Erbschaft als gemeines Recht, und nur einzelne Particularrechte und die neuesten Gesetzbücher folgen hierin der älteren Regel.

Frank bestreitet S. 33, daß jene Regel bei uns für die meierrechtliche Erbfolge noch bestehe. A. M. ist Busch S. 115 bezüglich des Anerben.

Niemeyer führt S. 133 ff. aus, daß dieselbe bezüglich des Erbschafterwerbes des Anerben, wie der Abfindlinge, noch gelte. Die Praxis scheint für die letztere Ansicht zu sein; ich entsinne mich nicht, gehört oder gelesen zu haben, daß ein Abfindling es für nöthig gehalten hätte, die väterliche Erbschaft anzutreten.

Präjudiz:

Urtheil des gr. Sen. des O.-G. Celle vom 14. Juli 1864 i. c. der Köningschen Erben zu Kl. Grindau Kläger c. die Vormünder des Anerben Fr. Köning in Ostenholz, Bekl. w. Abfindung:

Es ist jedoch nach deutschrechtlichen Grundsätzen anzunehmen, daß der Anspruch auf Abfindung von den Kindern eines Meiers ipso jure ohne besondere Antretung erworben wird in gleicher Weise, wie es beim Anerben bezüglich des Hofvorgängers der Fall ist, da die Abfindlinge eben nur Erben in certa parte, und insoweit den Legataren gleich zu stellen sind.

Digitized by Google

48. In wieweit fällt der Anspruch der abzufindenden Kinder an den Nachlaß des Meiers an den Hof zurück, wenn jene das Fälligwerden der Abfindung nicht erlebt haben?

Die Hildesheimsche V. wegen der Ablagen und Leibzuchten von den Meierhöfen vom 9. April 1781 bestimmt tit. I §. 24:

Von denjenigen aber, welche ohnverheyrathet in der Minderjährigkeit oder nach erreichter Großjährigkeit ohne eine Disposition zu hinterlassen verstorben, fällt die Ablage an den Hof zurück, wovon sie auch sodann zur Erde bestätiget werden müssen; wenn aber dieselben außer der Ablage annoch einiges Erbland oder sonstige acquisita hinterlassen, wird darunter den gemeinen Rechten nachgegangen. Dahingegen aber sollen die ohnverheiratheten nach zurückgelegtem 25. Jahre ihres Alters über ihre Ablage zu disponiren berechtiget seyn.

Die Calenbergsche Meier-Ordnung vom 12. Mai 1772 bestimmt cap. VI. §. 7:

Stirbt ein Kind unverheirathet, bevor diese Termine abgelaufen, so bleibt dasjenige, was an solches von dem Werthe annoch zu bezahlen gewesen wäre, im Hofe. Zu dessen übrigen Nachlaß gehören aber alle Kinder.

Die Gesetze für das Lüneburgsche und Hoyasche enthalten über diese Frage nichts.

Pfeiffer S. 272 und v. Düring im Magazine neue Folge Bd. II. S. 245 halten es für einen Grundsatz des gemeinen Meierrechts, daß die Abfindung aus dem Hofe und dem Hofesallodio an den Hof zurückfalle, wenn der Abfindling das Fälligwerden derselben nicht erlebt hat.

Ich möchte diese Frage als eine streitige ansehen, weil das Königliche Oberappellationsgericht in einem Gutachten über die zu erlassende Calenbergsche Meierordnung sich für die entgegengesetzte Meinung ausgesprochen hat, wornach die nicht fällig gewordene Abfindung den Erben des verstorbenen Abfindlings gebühre, und daneben angeführt hat: daß vom O.-A.-G. also erkannt sei in Sachen des J. H. Homeyer und Ch. M. Ziesenitz c. Cath. Dor. Ziesenis, verehelichte Timmen (cf. Pufendorf IV. obs 179).

Digitized by Google

Dazu kommt, daß auch Carstens §. 219 und 220 mit großer Heftigkeit die letztere Meinung vertritt, und ein dieselbe billigendes Erkenntniß der Großvoigtei Celle vom 30. April 1759 i. c. Gleyen c. Hans Otten beibringt, welches dahin geht:

Kläger ist den — dem verstorbenen Lüdeke Otten aus dem väterlichen Hofe etwa zugestandenen Erb-Antheil — — ad massam bonorum des Defuncti zu conferiren pflichtig, es wäre dann, daß er erwiese: daß die vorgeschützte Gewohnheit, vermöge welcher eines unverheirathet im Hofe versterbenden Sohnes Antheil am Hofe — im Hofe verbleiben müsse, in der Amtsvogtei Burgwedel hergebracht sei.

Dieses Erkenntniß ist von Pfeiffer S. 275 Note V irrigerweise als ein O.-A.-G.-Erkenntniß bezeichnet. Wenngleich nun die von Carstens angeführten Gründe nicht überzeugend sind (da seine Meinung zwar den römischrechtlichen Grundsätzen entspricht, die gegnerische Behauptung aber, daß ein davon abweichender deutschrechtlicher Grundsatz sich gebildet habe, von ihm nicht widerlegt ist), so darf man seinen Deductionen doch so viel Gewicht beilegen, daß man jene Frage als eine streitige betrachtet.

Der Grundsatz, daß die Abfindung an den Hof zurückfalle, wenn der Abfindling das Fälligwerden derselben nicht erlebt hat, ist auch in den Entwurf der Lüneburgschen Meierordnung aufgenommen (cf. Hagemann VI S. 453).

M. E. ist das irrelevant. Darauf, ob gewisse Sätze in jenem Entwurfe gebilligt sind oder nicht, wird m. E. mit Unrecht von Einigen Gewicht gelegt, z. B. Pfeiffer. Die Annahme, daß jener Entwurf die damals als gültig anerkannten meierrechtlichen Grundsätze enthalte, verliert allen Boden, wenn man aus dem von Lentheschen Archive Bd. V S. 260—466 ersiehet, wie viele ganz divergirende Ansichten bei den ständischen Deliberationen über jenen Entwurf vorgebracht worden sind.

Jener Grundsatz ist zur Ausbildung gelangt zu einer Zeit, wo der Bauer nur selten besonderes Vermögen außer seinem Hofe besaß. In neueren Zeiten, in welchen der Bauer nicht selten erhebliches Capitalvermögen nachläßt, hat man jenen Grundsatz auf die Abfindungen aus dem Hofes-Allodio beschränkt,

Digitized by Google

und bei der Succession in das freie vom Hofe unabhängige Vermögen die Grundsätze des römischen Erbrechts zur Anwendung gebracht, und davnach angenommen, daß die Erbansprüche der nachgebornen Meierkinder an jenen Theil des väterlichen Nachlasses auf deren Erben übergehen und nicht zu Gunsten des Hofwirths erlöschen, wenn jene Meierkinder vor erfolgter Auskehrung der ihnen angefallenen Erbschaft verstorben sind.

Nach diesen Grundsätzen ist in Fällen aus dem Hoyaischen von K. Justiz-Canzlei zu Hannover am 8. Februar 1852 i. c. Mesloh c. Mesloh, und vom ersten Senate des O.-A.-G. am 7. Juni 1861 i. c. Grauerholz und Holthus c. Holthus erkannt (cf. Niemeyer S. 166 und 143 und Neues Magazin f. h. R. II, 244.

Präjudizien aus dem Lüneburgschen.

1) In Bülow und Hagemanns E. Bd. VII. E. 57 sagt Hagemann etwa Folgendes:

Die Abfindungen der Meierkinder erfolgen entweder aus dem Hofe selbst, und dem damit untrennbar verbundenen Allodio, oder aus dem freien mit keinem gutsherrlichen Nexus behafteten Allodialvermögen, oder aber aus beiden zugleich. Geschiehet die Bestimmung der Abfindung bloß aus dem Hofe selbst und dem damit verknüpften untrennbaren Allodio, so pflegt sie — nach einem fast allgemeinen Herkommen — so lange im Hofe stehen zu bleiben, bis die Kinder denselben gänzlich und auf immer verlassen, und wenn letzteres nicht geschiehet, fällt sie an den Hof zurück.

Ist hingegen die Abfindung mit besonderer Rücksicht auf das trennbare Allodium, oder lediglich aus dem Capitalvermögen und sonstigen freien Vermögen des Meiers festgesetzt, so kann der Abfindling sie auch vor seiner Trennung vom Hofe fordern und darüber disponiren. Diese Abfindung hat die Eigenschaft eines wahren Allodialerbtheils, und der Hofbesitzer kann daher deren Auskehrung auf keine Weise versagen. Das höchste Tribunal hat auch hiernach im Juni 1805 i. c. Schriefer c. Titjen in pto debiti entschieden.

Es ist nicht angegeben, ob dieses Erkenntniß in einer Sache aus dem Lüneburgschen oder einer anderen Provinz abgegeben

Digitized by Google

ist. Ein wichtiges Präjudiz für das Lüneburgsche ist jedenfalls darin nicht zu erblicken, weil hier regelmäßig aus dem Hofe und dessen Consistenz (dem s. g. allodio conjuncto) Abfindungen nicht gegeben werden.

2) Erkenntniß der Justiz-Canzlei Celle vom 19. November 1824 in Sachen der Einwohner Christian und Ludolph Bergmann und Consorten zu Lüneburg, Kläger gegen den Hauswirth Besenthal zu Bevensen, Beklagten, in pto diversorum. Jur. Zeitung Jg. 1826 II. S. 184.

3) Nach denselben Grundsätzen — also zu Gunsten der Intestaterben des Abfindlings ist von K. Justiz-Canzlei Celle unterm 15. May 1838 und 27. Mai 1840 in der Appellations- und Leuterungs-Instanz erkannt in einer Sache, deren Rubrum nicht ergeben ist. cf. Jur.-Zeitung 1840 III. 157.

4) Urtheil des zweiten Senats des K. O.-A.-G. vom 8. November 1855 in S. des Oekonomen E. A. Mohrmann zu Lüneburg, Klägers gegen den Hofbesitzer Fritz Mohrmann zu Wienebüttel, Beklagten, w. Forderung.

Der Oekonom E. A. Mohrmann zu Lüneburg hat beim großen Senate des O.-G. Lüneburg gegen den Hofbesitzer Fritz Mohrmann zu Wienebüttel eine Klage erhoben darauf gestützt, daß der verstorbene Vater des Beklagten, als damaliger Inhaber eines später frei gewordenen Meierhofes zu Wienebüttel mit dem Vormunde seiner Geschwister am 13. Januar 1815 einen Abfindungscontract geschlossen und sich darin verpflichtet habe, seinen beiden damals minderjährigen Geschwistern —, dem Kläger und der Auguste Mohrmann, — eine Abfindung zu zahlen, — und zwar der Letzteren außer einem Kistenpfande 2000 ℛ Cassen-Mze. und 1000 Rthlr. Gold in der Art, daß, sobald sie majorenn sein würde, oder nach dem Ermessen des Vormundes und der Obervormundschaft des Geldes bedürfen würde, sie selbiges nach halbjähriger vorheriger Anzeige ausgezahlt erhalten solle, und zwar 1000 Rthlr. bei ihrer Verheirathung, den Rest in jährlichen Zielern von 500 ℛ. Behauptend, daß Auguste M. im Jahre 1824 den Hof ihres Bruders verlassen habe, und anno 1826 unverehelicht verstorben und von drei Geschwister beerbt sei, hat der Kläger als einer dieser Intestaterben den dritten Theil jener Auslobung nebst Zinsen usque ad alterum tantum gefordert.

Digitized by Google

Der Beklagte hat zugestanden, daß der fragliche Contract geschlossen sei, hat aber geläugnet, daß Auguste M. 1824 seinen Hof verlassen habe. Er hat ausgeführt, daß dem Kläger kein Recht an der noch nicht fällig gewordenen Abfindung der Schwester zustehe, da dieselbe sich nicht für immer vom Hofe getrennt habe und unverehelicht verstorben sei, die Abfindung der unverehelicht versterbenden Meiertöchter aber im Hofe verbleiben.

Der Kläger hat die fragliche Observenz geläugnet. Der große Senat des O.=G. Lüneburg hat mittelst Urtheils vom 5. October 1854 den Beklagten zu Zahlung der geforderten Abfindung schuldig erkannt. Allein auf die Berufung des Beklagten hat der zweite Senat des O.=A.=G. den Kläger abgewiesen aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß der zwischen dem Vormunde der damaligen Minorennen und dem Stellwirthe geschlossene Vertrag nicht als ein lediglich nach Grundsätzen des römischen Rechts zu beurtheilender Erbtheilungsvertrag, sondern als deutschrechtlicher, bei Bauergütern üblicher Abfindungsvertrag anzusehen ist, anerwogen die Contrahenten nicht nur ihn als solchen bezeichnen, und die gutsherrliche Bestimmung und Festsetzung der Abfindungen nachsuchen, sondern auch, wie solches nur bei derartigen Verträgen Regel ist, die Fälligkeit von der Majorennität oder Verheirathung der Abzufindenden abhängig machen, und wenn auch unter dem Namen der Abfindung der sehr wohl zu einer eigentlichen freien Erbtheilung sich eignende allodiale Erbtheil mitbegriffen gewesen sein kann, dennoch der Umstand, daß über die Abfindung und den Erbtheil in demselben Conctrate stipulirt worden, diesem einen andern rechtlichen Charakter, als die Contrahenten ihm nach Form und Inhalt wirklich beigelegt haben, nicht verschaffen kann, — endlich bei der Supposition eines Erbtheilungsvertrages weder der Betrag der zu theilen gewesenen Erbschaft noch der der bäuerlichen Abfindung erkennbar sein würde,

nun aber die Auguste M. unverehelicht und minderjährig verstorben ist, es auch nicht relevirt, daß sie nicht im Hofe verstorben, da Kläger überall nicht behauptet, daß sie den Aufenthalt auf demselben definitiv aufgegeben, und einen eigenen

Digitized by Google

selbständigen Haushalt begründet habe, — unter solchen Umständen jedoch nach unstreitigen, bei Bauer- und namentlich Meiergütern herrschenden Grundsätzen die nicht fällig gewordene Abfindung zu Gunsten des Hofannehmers im Hofe verbleibt, und nicht nach den Regeln des Intestaterbrechts in selbige succedirt wird, bei der Notorietät dieses Rechtssatzes der vom Beklagten eventuell angebotene Beweis eines desfalsigen Herkommens überflüssig erscheint, —

5) Urtheil des zweiten Senates des O.-A.-G. vom 14. September 1859 in S. des Voigts Bartels in Wietzendorf, für sich und in väterlicher Gewalt seiner Kinder und Consorten, Kläger, gegen den Hauswirth Stegen in Wietzendorf, Beklagten, wegen Forderung.

Der Köthner W. Peterßen zu Wietzendorf hat zwei Köthnerstellen und 5 Töchter nachgelassen. Derselbe hat unter Vorbehalt der Regierung eine meierpflichtige Köthnerstelle seiner ältesten Tochter zugesichert, und diese hat ihren Ehemann Stegen ihrer Rechte am Hofe theilhaftig gemacht. In der Stegenschen Ehestiftung ist festgesetzt:

Der Bräutigam mache sich verbindlich nach Uebergabe der Stelle dem Schwiegervater oder den drei andern noch unverheiratheten Schwestern der Braut 1500 Rthlr. für die ihm dann übergeben werdenden auf dem Hofe befindlichen Gebäude, namentlich die Brennerei nebst den dazu gehörigen Geräthschaften zu bezahlen.

Erst nach dem Tode des Köthners W. Peterßen, am 21. Juni 1831 hat der Beklagte die Kothstelle nebst der Brennerei und Geräthschaften übergeben erhalten. Am 20. October 1841 ist die jüngste Schwester der Ehefrau Stegen, Ilse Cathrine Peterßen minderjährig und unverehelicht verstorben, und von der Ehefrau Stegen und den Erben ihrer drei andern Schwestern beerbt. Die Erben der drei andern Schwestern haben anno 1858 gegen den Köthner Stegen eine Klage auf Bezahlung von drei Vierteln der schwesterlichen Abfindung erhoben, behauptend, die Abfindung der Ilse Cathrine ad 500 ℛ sei am 21. Juni 1831 bei der Uebergabe des Hofes an Stegen fällig geworden, und zu $^3/_4$ auf die Kläger vererbt.

Der Beklagte hat der Klage hauptsächlich die Einrede oppo-

Digitized by Google

nirt: der deutschrechtliche und außerdem in der Provinz Lüneburg gewohnheitsrechtlich feststehende Rechtsatz, daß die nicht fällig gewordene Abfindung von Bauergütern selbst dann, wenn solche den Allodial-Erbtheil mit begreife, zu Gunsten des Hofannehmers im Hofe verbleibe, beseitige das jenseits prätendirte Erbrecht.

Der große Senat des O.-G. Celle hat mittelst Urtheils vom 3. Mai 1858 die erhobene Klage als begründet angenommen und in den Entscheidungsgründen ausgesprochen:

„Darüber, ob der fragliche Rechtssatz nach gemeinem deutschen Rechte oder doch nach Gewohnheitsrechte in der Provinz Lüneburg gelte, haben die Ansichten der Gerichte und Rechtsgelehrten viel geschwankt. — Wenn derselbe auch gelten sollte (was unentschieden bleiben könne), würde er hier doch nicht Platz greifen, weil die fragliche Abfindung bei der Hofesübergabe fällig geworden sei, jener Rechtssatz aber auf fällig gewordene Abfindungen sich nicht beziehe."

Auf die Berufung des Beklagten hat der zweite Senat des O.-A.-G. mittelst Urtheils vom 14. Sept. 1859 die Kläger abgewiesen, unter Anführung folgender Gründe:

„in Erwägung, daß die in der Stegen'schen Ehestiftung der Ilse Cathrine Peterßen und den damals noch unverheiratheten zwei Schwestern derselben verschriebene Summen von 1500 ℛ, als die Abfindung dieser Personen vom väterlichen Hofe anzusehen ist, indem ꝛc.

„in Erwägung, daß nach einem im Fürstenthume Lüneburg geltenden Gewohnheitsrechte die Abfindungen der Meierkinder, wenn sie, ohne durch Verheirathung oder selbstständige Besetzung sich vom Hofe getrennt zu haben, daselbst versterben, in der Regel im Hofe verbleiben, eine Ausnahme von dieser Regel aber im vorliegenden Falle als eingetreten nicht anzunehmen ist, indem die Ilse Cathrine Peterßen, wenngleich dieselbe von der Antretung des Hofes durch den Beklagten an zur Forderung ihrer Abfindung berechtigt war, von dieser Befugniß keinen Gebrauch gemacht hat, vielmehr bis an ihren Tod auf dem Hofe alimentirt und daselbst gestorben ist, — —"

Wenn man (was m. E. geschehen muß) die fr. 500 Rthlr. als eine Abfindung vom Hofes-allodio und von Theilen

Digitized by Google

des freien Allodialvermögens, namentlich der Brennerei ansieht, — so steht auch dieses Urtheil des zweiten Senates in directem Widerspruche mit den oben mitgetheilten Urtheilen des ersten Senates i. c. Mesloh c. Mesloh und Grauerholz et Holthus c. Holthus, insofern in letzteren die Abfindungen, soweit sie Erbtheile vom freien Allodialvermögen enthalten, den Erben des Abfindlings zugesprochen sind.

Mir scheint die Meinung, für welche auch Frank S. 55 und 56 sich ausgesprochen hat, die richtigere zu sein, daß solche Abfindungen, — ohne Unterschied, ob sie nur vom Hofes-allodio erfolgen oder ob sie auch den Erbtheil vom freien mit dem Hofe in keiner Verbindung stehenden Vermögen enthalten, — den Erben des Abfindlings zuzusprechen seien, wenn nicht im einzelnen Falle ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht nachgewiesen wird. Für die Annahme eines notorischerweise im Lüneburgschen geltenden entgegenstehenden Gewohnheitsrechts liegt bei der Discrepanz der ergangenen gerichtlichen Entscheidungen kein genügender Grund vor. Schließlich wird bemerkt, daß das Tribunals-Erk. in Seuffert's Archiv X Nr. 76 einen Fall aus dem Bremischen betrifft, also nicht hieher gehört.

---

49. Abfindungen sind keine Reallasten, sondern Allodialschulden, die der Hofeswirth nur in seiner etwaigen Eigenschaft als Allodialerbe, und nicht schon als bloßer Besitzer des Hofes abzuführen hat.

Die Richtigkeit dieses Satzes erkennt an v. Düring im H. Magazine Bd. IX S. 70 Note ***) und Niemeyer S. 176 Note b.

Präjudize:

1) Urtheil des O.-A.-G. in S. der unverehelichten Minna und Magdalene Meyer zu Embsen, Klägerinnen, gegen den Hauswirth Westermann daselbst, Beklagten, wegen Abfindungsforderung, vom 2. October 1857 (Entsch. des Trib. Jg. III. Nr. 47).

2) Urtheile des großen Senats des O.-G. Celle vom

Digitized by Google

27. Januar 1859 und des O.-A.-G. vom 21. October 1859 in S. des Brinksitzers J. C. Feldmann in Hänigsen, Klägers und Wiederbeklagten, gegen M. D. Feldmann, jetzt verehelichte Ütermark, daselbst, Beklagte und Wiederklägerin, wegen Auseinandersetzung.

Die Beklagte hatte bei den über die Theilung des väterlichen Nachlasses entstandenen Differenzen behauptet: ihrem Bruder, als Successor in den gutsherrnfreien väterlichen Hof, liege die Berichtigung der rückständigen Abfindungen ob; der Kläger dagegen verlangte, daß dieselben aus dem Allodialnachlasse des Vaters getilgt werden sollten.

Der gr. Senat des O.-G. Celle hat am 27. Januar 1859 erkannt: daß jene Abfindungen beiden Allodialerben zur Last fallen, da im Fürstenthum Lüneburg die Abfindungen nach Maßgabe des Allodialvermögens festgestellt worden, und nicht als Lasten des Hofes, sondern als Allodialschulden anzusehen seien, für deren Berichtigung der Hof nur in subsidium hafte.

In der Berufungs-Instanz hat das O.-A.-G. mittelst Urtheils vom 21. Oct. 1859 die auf die fr. Entscheidung bezügliche beklagtische Beschwerde aus den dem Urtheile erster Instanz unterstellten völlig unwiderlegt gebliebenen Gründen verworfen.

3) Urtheil des O.-A.-G. Sen. II vom 29. Januar 1862 i. c. Bargsten c. Alldag (Trib.-Entsch. Jahrg. VI Nr. 101 S. 195):

„ — und Abfindungen überall nicht als Reallasten angesehen werden dürfen, wo wie in den Herzogthümern Bremen und Verden (ebenso wie im Lüneburgschen) ein Recht der Abfindung aus dem Meierfundo nicht existirt, —“

---

50. Die Abfindungen der Meierkinder sind gleich Erbegeldern jure separationis vor allen Concursgläubigern als Massefchulden zu berichtigen.

Pfeiffer S. 282, Pufendorf obs. I obs. 103 S. 284 und W. v. Pufendorf Observationen, herausgegeben von L. Schmidt

Digitized by Google

obs. 28 gestehen den Abfindungen das Vorrecht der Erbegelder zu.

Es ist freilich streitig, ob gemeinrechtlich den Erbegeldern ein Vorzugsrecht im Concurse gebühre und welches; ältere Praktiker reden von einer allgemeinen Observanz in Deutschland, wonach den Erbegeldern der Vorzug des Separationsrechtes oder doch der ersten Classe zukomme, andere Schriftsteller (z. B. Dabelow vom Concurse §. 222 S. 609—614, Thibaut §. 1034, Wening-Ingenheim Buch III §. 204 Note y, Mittermaier, deutsches P.-R. §. 416 und Seuffert, Archiv I Nr. 329 gestehen ihnen gar kein Vorzugsrecht zu, falls ein solches nicht durch Herkommen oder Landesgesetze begründet ist, andre (z. B. Schweppe, System des Concurses §. 41, Pfeiffer, practische Ausführungen Bd. IV Nr. 9 S. 292) nur unter gewissen Voraussetzungen.

Im Hannoverschen ist die Praxis unzweifelhaft dafür, daß die Abfindlinge als Separatisten zu locciren seien.

Präjudize:

1) Erk. des O.-A.-G. vom 5. November 1832 i. c. Glander und Consorten, Imploranten, gegen die im Clausen'schen Prioritäts-Erk. ihnen vorlocirten Gläubiger Schroeder und Consorten, Imploraten, w. Priorität. (Jur. Zeitung Jg. 1833 I. 94.)

„Wenngleich den implorantischen Abfindungsforderungen ein privilegium, in der ersten Classe der Gläubiger collocirt zu werden, allerdings nicht beiwohnt, weil ein solches ebenso wenig wie in Betreff der Erbegelder in den Gesetzen begründet ist, — da jedoch demjenigen, welcher Erbegelder zu fordern hat, in sofern er dem Annehmer der Erbstücke nicht besonders Credit gegeben, nach unzweideutigen Vorschriften des römischen Rechts in der Maße Vindicationsansprüche zustehen, daß er bei dem Ausbruche eines Concurses über das Vermögen des letzteren außerhalb des Concurses jure separationis seine Befriedigung erwarten darf; nun aber aus dem Hofe ausgelobte Abfindungen der Geschwister eines Hofannehmers wegen der durch die Uebergabe des Hofes bewirkten anticipirten Erbfolge jenen Erbegeldern rechtlich gleich zu achten sind, und daher jene Rechtsanalogie, und ohne daß es der Bezugnahme auf ein örtliches Gewohnheitsrecht bedurfte, in aller Maße insofern

Digitized by Google

auch auf die rückständigen Abfindungen aus Meierhöfen ihre Anwendung erleidet, als unter gleicher Voraussetzung den Abgefundenen die Befugniß nicht abgesprochen werden kann, als Massegläubiger und vor allen eigentlichen Concursgläubigern ihre Befriedigung aus der Masse wahrzunehmen, — —"

2) Mit dem Erk. der Justiz-Canzlei Hildesheim übereinstimmendes Erk. des O.-A.-G. de 1846 i. c. des Armen-Collegii zu Hildesheim c. Kühne (Busch S. 150):

„daß den Abfindungen aus Bauerhöfen im Concurse ein Vorzugsrecht jure separationis zustehe, wofern nur kein Credit gegeben ist, welches Letztere jedoch in der gesetzlich vorgeschriebenen Bewilligung von Zahlungsterminen noch nicht liegt."

v. Ramdohr III. 135 bemerkt: Das Vorrecht der Erbgelder aus Meiergütern gehe verloren, wenn Termine gesetzt seien, in denen sie ausbezahlt werden sollen, und wenn sie in diesen Terminen nicht eingefordert seien. Erk. v. 8. April 1786 i. c. Berkelmann c. Krüdorpische Gläubiger.

3) Urtheil des O.-A.-G. Sen. II von 29. Januar 1862 i. c. Bargsten c. Alldag (Trib.-Entsch. Jg. VI. Nr. 101 S. 194.) Der Abfindung der Ehefrau Bassen ist das Vorzugsrecht der Erbegelder zugesprochen, jedoch mit der Beschränkung, daß das privilegium separationis ihr einen Vorzug vor den Personen nicht verschaffen könne, welche an dem Vermögen des Cridars bereits vor dessen Uebergabe an Letzteren Pfandrechte erworben hatten.

4) Urtheil des O.-A.-G. Sen. I vom 10. October 1862 i. c. Meyerstein c. Westphahl, wegen Einräumung besserer Priorität im Westphalschen Concurse. (Trib.-Entsch. Jg. VI Nr. 102 S. 197.) Das Vorzugsrecht der Abfindungen der Geschwister des Stellannehmers von bäuerlichen Gütern vor den Gläubigern des Annehmers ist anerkannt, und dafür angeführt:

„daß vermöge einer praktisch gewordenen Doctrin es so angesehen werde, als sei die Abfindung mit einem aus dem Miteigenthume hervorgehenden dinglichen Rechte am Gute verbunden, welches sich durch den Vorzug der Erbgelder im Concurse

Digitized by Google

oder durch das ihnen darin gebührende Separationsrecht äußere."

Die jur. Zeitung Jg. 1837 III 154 enthält ein O.-A.-G.-Erk., wornach den Kindern eines Interimswirths wegen ihrer Abfindung kein Vorzugsrecht zusteht.

---

51. Kinder, welche der Meier noch bekommt, nachdem er den Hof abgetreten hat und Altentheiler geworden ist, haben keinen Anspruch auf eine von dem neuen Hofwirthe zu entrichtende Abfindung.

Wenn ein Meier den Hof seinem Sohne abtritt und die Leibzucht bezieht, so werden in dem Abtretungscontracte meistens auch die Gegenleistungen des antretenden Sohnes festgestellt, namentlich die Altentheils-Prästationen und die den übrigen Kindern des Abtretenden zu bezahlenden Abfindungen. Wenn die Altentheiler dann auf der Leibzucht noch Kinder bekommen, so haben letztere nur Erbrechte am Nachlasse ihrer Eltern, aber keinen Anspruch auf eine von dem neuen Hofwirthe zu bezahlende Abfindung, falls nicht etwa im Abtretungscontracte dieser Fall vorbedacht ist und für die nach der Abtretung noch erfolgenden Kinder Abfindungen ausbedungen sind. Die Bedingungen unter denen der Hof abgetreten ist, stehen fest, und dürfen für den Hofannehmer nicht erschwert werden durch Abfindungen für Kinder, welche damals noch nicht existirten und an welche damals nicht gedacht ist.[1])

Präjudiz:

Urtheil des kleinen Senats des Obergerichts Celle vom 23. September 1860 i. c. der Ehefrau Bostelmann zu Falling-

---

[1]) Runde v. d. Leibzucht §. 56. Wedekind zur Reform des Meierrechts S. 25: „Werden auf dem Altentheile noch Kinder geboren, wenn auch aus stehender Ehe des früheren Wirths, so gehen sie den Hof nichts an; es ist eben nicht darauf gerechnet. Kräftige Leute sollen den Hof noch nicht abgeben. Ein solcher posthumus ist gleichsam eine meierrechtliche Sünde. Er schließt die Schwester, die den Hof angetreten hat, nicht mehr aus, und erhält selbst nicht einmal eine Abfindung vom Hofe.

Digitized by Google

hostel, Klägerin, gegen den Vollhöfner Eggersglüß zu Mackenthum, Beklagten, wegen Abfindung.

Die Klägerin ist concipirt und geboren, nachdem ihr Vater, der Großvater des Beklagten, seinen Meierhof bereits abgetreten und die Leibzucht bezogen hatte. In der Ehestiftung des Vaters des Beklagten vom 3. Mai 1824 ist diesem die demnächstige Uebergabe des Hofes zugesichert und sind die Abfindungen der Kinder erster und zweiter Ehe des Abtretenden festgestellt, auch ist eine Leibzucht für den Abtretenden ausbedungen. Die Hofübergabe ist 1825 erfolgt, und anno 1826 die Klägerin geboren. Sie hat vom Beklagten eine Abfindung gefordert und ihren Anspruch auch darauf gestützt, daß die Ehestiftung ihrer Eltern die Bestimmung enthalte, „die aus dieser Ehe etwa erfolgenden Kinder sollten gleich den Kindern erster Ehe abgelobt werden."

Der kleine Senat des O.-G. Celle hat die Klägerin abgewiesen aus folgenden Gründen:

„Demnach Klägerin ihre in den schriftlichen Klaganträgen aufgestellte Behauptung, daß sie noch während der Wirthschaftsführung ihres weil. Vaters auf dem jetzt vom Beklagten besessenen Hofe concipirt sei, zurückgenommen und zugegeben hat, daß sie erst nachdem ihre Eltern auf den Altentheil gezogen concipirt sei, damit aber ihr Anspruch auf eine Abfindung hinfällig wird, indem die Bestimmung der Ehestiftung ihrer Eltern, daß die aus dieser zweiten Ehe des Vaters etwa erzeugten Kinder denen der ersten Ehe gleich abgefunden werden sollen, zur Beseitigung des im Meierrechte geltenden Rechtssatzes, daß die auf dem Altentheile erzeugten Kinder keine Abfindung aus dem Hofe verlangen können, durchaus ungeeignet ist, so — — — "

---

52. Vom Asylrechte gebrechlicher Meierkinder.

Der Hofannehmer ist zunächst und selbst vor den auf den Altentheil gezogenen Eltern verpflichtet, seine jüngeren noch unabgefundenen Geschwister, welche sich selbst zu ernähren außer Stande sind, zu alimentiren. Erk. des O.-A.-G. Sen. II vom

Digitized by Google

4. Juli 1842 in der Bremischen Sache der Viebrock'schen Vormünder c. Wittwe Viebrock (Seuffert's Archiv XII Nr. 267). Nach ihrer Confirmation kann er verlangen, daß sie den Hof verlassen und sich als Dienstboten oder auf andere Weise selbst ernähren. Red.-O. cap. I §. 12. Seuffert's Archiv IX Nr. 322.

Gebrechliche Meierkinder, welche sich ihren Lebensunterhalt nicht selbst erwerben können, sind berechtigt auch nach ihrer Confirmation auf dem Hofe zu bleiben und dort alimentirt zu werden. Sie dürfen ohne des Hofwirths Consens auf dem Hofe nicht selbstständig Handel oder ein Gewerbe treiben, müssen vielmehr nach Kräften für den Hof arbeiten. Ihre Abfindung verbleibt im Hofe. Carstens §. 221, Niemeyer S. 168.

Präjudize:

1) Urtheil des gr. Senats des O.-G. Celle vom 26. Juni 1857 i. c. des Pröve'schen Vormundes c. Wackenroder.

2) Urtheil des gr. Senats des O.-G. Celle vom 7. Februar 1859 i. c. der Gemeinde Isernhagen c. den Halbmeier Lüpke in Isernhagen, wegen Abnahme von Verpflichtungen:

„In Erwägung, daß ein allgemeiner aus den Principien des bäuerlichen Rechts abfließender Grundsatz des Meierrechts dahin anzunehmen ist, daß der Hofeswirth verpflichtet sei, seine abfindungsberechtigten aber noch nicht abgefundenen, durch Gebrechen arbeitsunfähigen Geschwister vom Hofe zu alimentiren, —"

Daß eine Ausdehnung der obigen meierrechtlichen Grundsätze auf freie Bauergüter und unbedeutende kleine Anbauerstellen unzulässig sei, ist vom O.-A.-G. Sen. II erkannt am 26. Mai 1858 i. c. Wesselmann c. Wesselmann'sche Vormünder (Trib.-Entsch. Jg. IV Nr. 58 S. 108).

Auch den von einem Altentheiler auf dem Altentheile erzeugten Kindern steht ein Asylrecht auf dem väterlichen Hofe nicht zu.

Urtheil des gr. Senats des O.-G. Lüneburg vom 5. November 1857 i. c. der Gemeinde Schwinde c. den Höfner Wedemann und dessen Ehefrau daselbst, w. Alimentation des blödsinnigen Johannsen:

„In Erwägung, daß gemeinrechtliche Grundsätze, nach welchen den von einem früheren Hofeswirthe auf dem Altentheile erzeugten Kindern das Recht zusteht, im Falle ihrer Arbeitsunfähigkeit von dem betreffenden Hofe erhalten zu werden, nicht bestehen,

Digitized by Google

„in Erwägung, daß auch die in Ansehung der Lüneburgschen Meierverhältnisse geltenden Grundsätze den auf dem Altentheile gezeugten Kindern eines vormaligen Meiers nicht das Recht beilegen, im Falle der Arbeitsunfähigkeit ihren Unterhalt von dem betreffenden Hofe zu beanspruchen."

Dieses Urtheil ist in der Berufungs-Instanz vom O.-A.-G. Senat II am 30. März 1858 bestätigt.

---

53. Vom Pflichttheile und der actio suppletoria.

Den Meierkindern, sowohl dem Anerben wie den Abfindlingen, muß der Pflichttheil unverkürzt hinterlassen werden; falls Solches nicht geschehen ist, kann mit der actio suppletoria dessen Ergänzung gefordert werden.[1]) Wenn der Meier in einem Testamente die Abfindungen seiner Kinder festsetzt, so kommt es dabei auf eine Beobachtung der Formvorschriften des Römischen Rechts über Erbeseinsetzung und Präterition, nach welchen sie als Notherben hätten instituirt oder exheredirt werden müssen, nicht an.

Präjudiz:

Urtheil des gr. Senats des O.-G. Celle vom 15. December 1862 i. c. Kammann c. Kammann.

In der Ehestiftung des Beklagten, Köthners Kammann in Sehnde hatte des Bräutigams Vater seinen Hof dem Bräutigam abgetreten, und die Abfindungen seiner andern Kinder festgestellt. Der Kläger, ein jüngerer Bruder des Beklagten, focht jene Ehestiftung als ungültig an, weil er darin weder zum Erben eingesetzt noch exheredirt war. Es wurde erkannt:

„Die Anfechtung dieser Disposition aus dem Gesichtspunkte der Verletzung des formellen Notherbenrechts des Klägers ist unbegründet, da solches auf die deutschrechtlichen Verträge solcher Art (nämlich auf die eine anticipirte Erbfolge in den Hof regelnden, — dem deutschen Rechte eigenthümlichen und den Erbverträgen nicht beizuzählenden Verträge) keine Anwendung findet."

---

[1]) cf. Bülow und Hagemann I, 38. Runde, Interimswirthschaft S. 152 Note v. Magazin VII S. 250 Note * Frank S. 67. Niemeyer S. 154.

Digitized by Google

In einem hildesheimschen Falle (Justine Plumeyer c. Meyer) hat der Senat III des O.-A.-G. erkannt: das römische Noth-erben- und Pflichttheils-Recht komme auch bei letztwilligen Dispositionen über gutsherrnfreie Bauerhöfe nicht zur Anwendung. Magazin III S. 49.

Das Urtheil des großen Senats des O.-G. Celle vom 9. Mai 1864 i. c. der Specialcuratoren für die Kinder des Vollhöfners J. Wedemeyer zu Wieckhorst c. den Vollhöfner J. Wedemeyer daselbst, wegen Herausgabe einer Erbschaft ꝛc. entscheidet zwei Controversen:

1) Der Anerbe, welcher in Folge eines Selbstübergabecontracts den väterlichen Meierhof bereits abgetreten erhalten hat, könne das ihn präterirende Testament des Vaters über dessen sonstiges Vermögen — deßhalb, weil er darin weder instituirt noch exheredirt worden, nicht anfechten, da sein Erbrecht durch die zu seinen Gunsten stattgehabte sucessio anticipata bereits seine Befriedigung erhalten habe; derselbe könne nur wegen einer etwaigen materiellen Verletzung seines Pflichttheils auf dessen Ergänzung klagen.[2])

2) Ferner ist darin erkannt: bei der Berechnung des Pflichttheils des Anerben sei der Werth des Meierhofes und des damit verbundenen allodii, von welchem er keine Abfindung zu geben brauche, nicht in Anrechnung zu bringen, wohl aber das gesammte sonstige allodium. Diese Controverse ist erörtert von Niemeyer S. 154 ff. cf. Seuffert Archiv XII Nro. 286.

Mittelst Urtheils vom 2. December 1859 i. c. der Großkrüger'schen Erben c. die Großkrüger'schen Vormünder zu Westerweyhe hat der gr. S. des O.-G. Celle erkannt:

1) Bei der Berechnung des Pflichttheils der Kläger seien vom Allodialvermögen die Schulden des Erblasser abzuziehen, wegen des vom Hofwirthe zu prästirenden Altentheils finde aber kein Abfatz Statt, weil derselbe eine auf dem Meiergute ruhende Last sei,

2) auch dafür, daß die Abfindlinge vom Hofwirthe aus

---

[2]) Eine ähnliche Entscheidung des O.-A.G. Sen. I vom 27. Juni 1854 i. c. Nordholz c. Nordholz s. in Magazin VI S. 230.

Digitized by Google

der Schule gebracht und bis dahin mit Alltagskleidung versehen seien, finde kein Absatz Statt.

3) Die actio suppletoria verjähre erst in 30 Jahren vom Tode des Vaters, und nicht vom Tage der erfolgten successio anticipata angerechnet.

---

54. Ob der Wittwe eines Meiers ein absolutes (d. h. ein von dem Consense der Vormundschaft für den Anerben unabhängiges) Recht zustehe, einen Interimswirth auf den Hof zu bringen?

Diese Frage ist sehr streitig, sie ist vom ersten Senate des O.-A.-G. anders als vom zweiten Senate, und von der vormaligen Justiz-Canzlei Celle anders als vom Obergerichte Celle entschieden. Eine eingehende Abhandlung darüber findet man im H. Magazine Bd. VI S. 232. Unsere älteren vaterländischen Schriftsteller geben darüber nur wenig Auskunft.

Pufendorf obs. I, obs. 47 §. 4 und IV obs. 181 S. 391 bezeugt, daß herkömmlich im Lüneburgschen der Wittwe eines früh verstorbenen Meiers gestattet werde, einen Interimswirth so lange auf den Hof zu bringen, bis der älteste Sohn des Verstorbenen im Stande sei, dem Hofe vorzustehen, — äußert sich aber nicht bestimmt darüber, ob sie ein absolutes (d. h. ein vom Consense der Vormünder des Anerben unabhängiges) Recht dazu habe. Ebenso Plate §. 10, Bülow und Hagemann VII. E. 40 S. 113, Pfeiffer S. 291 ff. Dagegen gesteht ihr v. d. Horst in der Jur. Zeitung Jg. 1853 S. 66 ff. ein solches Recht zu.

Strube acc. 44 S. 507 theilt ein Erk. des O.-A.-G. mit vom 31. October 1737 i. c. Meyerwerk und Volckfen c. Becker, worin ausgesprochen ist:

„nach hiesigem Landes-Gebrauch dürfe die Meierwittwe mit Consens des Amts und des Gutsherrn einen Interimswirth so lange auf den Hof bringen, bis ein Kind erster Ehe den Hof übernehmen und administriren könne.

Daß dieser Gebrauch auch im Hildesheimschen sei, bezeugt Busch §. 39.

Digitized by Google

Dagegen gesteht Runde v. d. J.-W. §§. 41—45 der Meierwittwe kein absolutes Recht darauf zu. Er ist der Meinung: Aus den Wirkungen der ehelichen Güterverhältnisse lasse sich kein Recht der überlebenden aufgefahrenen Wittwe herleiten, den Hof einem zweiten Ehegatten auf Mahljahre zuzuheirathen. Doch sei ein solches Recht in vielen Colonatsordnungen und Gewohnheitsrechten begründet, jedoch bedingt durch Einwilligung der Vormünder und des Gutsherrn, welche indeß ohne genügenden Grund nicht verweigert werden dürfe. Die Vormünder seien berechtigt und verpflichtet, wenn sie eine Interimswirthschaft dem Interesse ihres Mündels nicht entsprechend finden, andre Maßregeln zur Verwaltung des Colonats zu treffen. Da die Errichtung einer Interimswirthschaft unter den Begriff einer Veräußerung falle, seien die Vormünder an die Zustimmung der Obrigkeit gebunden, ein ohne obervormundschaftliche Genehmigung abgeschlossener Interimswirthschafts-Contract sei nichtig. Daß die Obervormundschaft eine Interimswirthschaft gegen den Willen der Vormünder anordnen, und deren aus ungenügenden Gründen verweigerte Einwilligung supplüren dürfe, lasse sich gemeinrechtlich nicht begründen. Ferner sei bei Strafe der Nichtigkeit auch gutsherrlicher Consens dazu erforderlich. Der vom Gutsherrn aus ungenügenden Gründen verweigerte Consens könne von der Obrigkeit nicht supplirt werden. Wenn aber der Gutsherr seine Einwilligung im Allgemeinen ertheilt habe, und nun noch bei der genaueren Bestimmung der Vertragspunkte Differenzen zwischen dem Gutsherrn und den Berechtigten entstehen, dann habe allerdings das Gericht die Entscheidung abzugeben.

Bezüglich des Hoyaschen spricht Niemeyer S. 187 sich dahin aus:

Die Wittwe könne der Vormundschaft gegenüber verlangen, daß ihr gestattet werde einen neuen Ehemann als Interimswirth auf den Hof zu bringen, jedoch hänge es nicht von ihr allein ab, die Modalitäten des Interimswirthschaftscontracts mit dem Interimswirthe unter Mitwirkung der Obrigkeit festzusetzen, vielmehr seien über den Umfang der Rechte und Pflichten des Interimswirth und die Dauer seiner Wirtsschaft auch die Vormünder zu hören, — und wenn sie sich mit der Wittwe

Digitized by Google

und dem künftigen Interimswirthe nicht einigen können, sei über die Differenzen vom Gerichte zu entscheiden.

Als Präjudizien führt Niemeyer zwei Urtheile des O.-A.-G. Sen. I vom 26. April 1854 i. c. Böckmann c. Böckmann — und vom 20. October 1855 i. c. Harries Wätje'sche Vormundschaft an. Aus der Abhandlung des Präsidenten v. Düring im H. Magazine VI. S. 232 ist jedoch zu ersehen, daß bei der Abstimmung darüber im ersten Senate des O.-A.-G. die Ansichten sehr getheilt gewesen sind. Die Minorität ist der Meinung gewesen: das Institut der Interimswirthschaft habe seinen Grund lediglich in dem Interesse für die Conservirung der Höfe und in der Vorsorge für die minderjährigen Kinder des verstorbenen Meiers, und der Wittwe stehe ein selbstständiges Recht auf Einbringung eines Interimswirths in den Hof nicht zu, falls sich nicht etwa ein abweichendes Gewohnheitsrecht gebildet habe.

Nach der Ansicht der Majorität dagegen steht der Wittwe ein absolutes Recht zu, einen Interimswirth einheirathen zu lassen, — als ein Ausfluß ihres Rechts auf Mitbewirthschaftung des Hofes, welches ihr — neben der Aussicht auf einen demnächstigen Altentheil als Gegenleistung dafür eingeräumt ist, daß sie ihr Eingebrachtes im Hofe aufgehen läßt.

Das neueste Präjudiz bezüglich des Hoyaschen ist das folgende Urtheil des O.-A.-G. Sen. I vom 5. Juni 1863 i. c. der Wittwe des Brinksitzers Runge in Asendorf, Klägerin, gegen die Runge'sche Vormundschaft daselbst, Beklagte, wegen Interimswirthschaft:

„— Es mag anerkannt werden, daß nach Hoyaschem Meierrecht keineswegs ausschließlich der Vormundschaft über den Anerben das Recht der Einführung der Interimswirthschaft zusteht, daß vielmehr der aufgeheiratheten Meierswittwe die Einführung der Interimswirthschaft kraft eigenen, der Willkür der Vormundschaft überall nicht unterworfenen Rechts gebührt. Da aber schon aus dem Begriffe der Interimswirthschaft, worin auch der Grund dieses Rechts-Instituts gefunden werden mag, stets folgt, daß für den Interimswirth neben den Rechten auch Verbindlichkeiten, insonderheit bezüglich der Erhaltung des Meier-

Digitized by Google

guts und der vortheilhaften Verwaltung und Verbesserung des Hofes auch zum Nutzen der Erben des Meiers, namentlich des Anerben, sowie regelmäßig auch bezüglich der Erziehung und Ernährung derselben während der Mahljahre begründet sind, — so ergiebt es sich von selbst, daß das Recht der Wittwe nur so ausgeübt werden darf, daß dabei der Zweck der Interimswirthschaft selbst auch hinsichtlich jener wesentlichen Momente erreicht werden kann. Das Recht der Wittwe hat seinem Inhalte nach daher nur den Sinn eines Rechts, mit welchem die Verbindlichkeit verknüpft ist, einen Interimswirth zu präsentiren, welcher in der Lage ist, den Verbindlichkeiten eines Interimswirths zu genügen. Daraus folgt, daß ein Widerspruch der Vormünder gegen die Zulassung des präsentirten Interimswirths keineswegs unter allen Umständen ohne rechtliche Bedeutung ist; ein gegen die Ausübung des Rechts der Wittwe gerichteter Widerspruch der Vormünder beeinträchtigt an und für sich überall nicht, auch nicht indirect, das Rechtsinstitut der Interimswirthschaft, und verstößt nicht ohne Weiteres gegen das Recht der Wittwe selbst. — —" (Es wird dann weiter ausgeführt, daß die Verhältnisse der fraglichen Brinksitzerstelle besonders schwierig seien, und daß die Wittwe nicht anzugeben vermocht habe, wie der von ihr Präsentirte im Stande sein werde, die Stelle den Kindern zu erhalten.

Die Berufung gegen das die Klägerin abweisende Urtheil des großen Senats des O.=G. Nienburg vom 26. Jan. 1863 ist deßhalb verworfen.

Was nun das Lüneburgsche anlangt, so hat sich auch hier eine constante Praxis bezüglich dieser Controverse noch nicht gebildet. In neuerer Zeit hat die vormalige Justiz=Canzlei Celle einmal anno 1840, und der zweite Senat des O.=A.=G. zweimal, anno 1842 und 1860, der Wittwe das fragliche absolute Recht aberkannt. In dem neuesten Falle aber hat der große Senat des O.=G. Celle die entgegengesetzte Meinung gebilligt.

Präjudizien:

Erster Fall.

Erkenntnisse in c. der Kahle'schen Vormünder zu Stöcken,

Digitized by Google

Kläger, c. die Wittwe Kahle daselbst, wegen Räumung der Kahle'schen Stelle.

W. Kahle hat sich anno 1829 als Häusling mit der Beklagten verheirathet. Derselbe hat anno 1831 eine Kothstelle zu Stöcken im Gerichte Wahlingen gekauft, ist vom Gutsherrn damit bemeiert, und ist anno 1837 mit Hinterlassung einer Wittwe und zweier Kinder verstorben. Die Vormünder der letzteren haben den gutsherrlichen Verband abgelöset, und haben beabsichtigt den Hof zu verpachten. Die Wittwe hat sich aber geweigert den Hof zu räumen, weil sie einen Interimswirth einheirathen zu lassen gewünscht hat. Die Vormünder haben klagend von ihr Räumung des Hofes verlangt, sie aber hat ein Recht prätendirt, einen Interimswirth auf den Hof zu bringen.

Das Gericht Wahlingen hat unterm 6. März 1839 erkannt:

„Demnach es keinem Zweifel unterliegt, daß nach der im Lüneburg'schen bestehenden Observanz die Wittwe eines Coloni mit gutsherrlicher Genehmigung einen Interimswirth auf die Stelle zu heirathen, und mit diesem die Interimswirthschaft bis zur Majorennität des Anerben des Hofes zu führen befugt ist, in substrato nun auch durch die von den Vormündern vorgenommene Ablösung des Meiernexus die meierrechtlichen Verhältnisse nicht gänzlich cessiren, vielmehr die Interimswirthschaftsverhältnisse nach den Grundsätzen und Vorschriften, welche während der Abhängigkeit des Guts Gültigkeit hatten, zu beurtheilen und gerichtsseitig festzusetzen sind, im vorliegenden Falle aber das Gericht zu der intendirten Interimswirthschaft um so eher seine Genehmigung ertheilt, als der durch die stattgehabte Ablösung abtretende Gutsherr, Amtsassessor v. Torney, nach Ausweisung der zu den Vormundschafts-Papieren gelieferten Actenstücke noch vor der Ablösung hierzu seinen vorläufigen Consens gegeben hat; so werden Kläger mit ihrem ungegründeten Antrage, der Beklagtin die gänzliche Räumung der Kahle'schen Stelle aufzugeben — abgewiesen, der Beklagtin dagegen das Recht, einen Interimswirth auf die Stelle zu heirathen, und mit diesem die Interimswirthschaft bis zur Majorennität des ältesten Kahle'schen Sohnes, unter Vorbehalt der

Digitized by Google

demnächst von Gerichts wegen zu treffenden Bestimmungen, zugesprochen, und Kläger in sämmtliche durch dieses Verfahren verursachte Kosten condemnirt.

„Zugleich wird den Parteien bei 2 Rthlr. Strafe anbefohlen, binnen 4 Wochen ab insin. und zwar jeder für sich — dem hiesigen Gerichte die behuf der Errichtung eines Interimswirthschaftscontracts für angemessen gehaltenen Stipulationen, ohne Berücksichtigung der früher etwa mit der Gutsherrschaft gepflogenen Verhandlungen vorzulegen, und haben sodann partes, wenn sie sich über die bei der Interimswirthschaft zum Grunde gelegten Stipulationen nicht einigen sollten, rechtlichen Bescheid zu gewärtigen."

Auf die Appellation der Kläger hat K. Justiz-Canzlei Celle folgendes rescriptum de emendando vom 5. März 1840 erlassen:

„Wenn nun zwar so wenig darauf, daß nach dem Tode des Vaters der Appellantischen Pupillen die von diesem nachgelassene Stelle vom gutsherrlichen Verbande durch Ablösung befreiet ist, noch darauf etwas ankommen kann, daß jene Stelle erst nach der Verheirathung der Appellantin mit deren weiland Ehemanne acquirirt ist, weil nach Maßgabe der Verordnung vom 23. Juli 1833 §. 3 Successions- und andre derartige Rechte der erfolgten Ablösung ungeachtet nach den zuvor anwendbaren Principien beurtheilt werden sollen, und weil Befugnisse der Eheleute, welche aus dem Colonat-Verhältnisse an sich originiren, nur dadurch bedingt sein können, daß ein solches Verhältniß durante matrimonio stattgefunden hat.

„Nachdemmalen jedoch die Befugniß der Ehefrau eines Colonen, nach dem Tode dieses den Hof einem Interimswirthe zuzufreien, so wenig in den hiesigen Landesordnungen als in der Natur des Meiernexus begründet, und eine allgemeine derartige Observanz, welche auch appellatischerseits im ersten Verfahren nicht behauptet worden, nicht anzunehmen ist; — die Häufigkeit derartiger Interimswirthschaften vielmehr nur für die Nützlichkeit dieses Instituts, nicht für eine der Wittwe zuständige auch wider den Willen anderer Interessenten durchzusetzende Befugniß sprechen kann;

„Nachdemmalen ferner Appellatin von den Behauptungen: die Stelle qu. sei von ihr und ihrem Ehemanne gemeinschaftlich

Digitized by Google

acquirirt und sie seien des Meierrechts daran gemeinschaftlich theilhaftig geworden, jetzt zurückgetreten ist; der Umstand aber, daß ihre Illata angeblich zum Ankauf der Stelle mit verwendet seien, ihr nur ein Forderungsrecht gewähren kann;

„Nachdemmalen endlich in der zwischen der Appellatin und deren weiland Ehemann errichteten Ehestiftung keine Gütergemeinschaft verabredet, vielmehr in der Verschreibung des gesammten Vermögens des Letzteren nur die Constituirung eines Gegen-Vermächtnisses zu befinden ist, und da den Bestimmungen der Polizei-Ordnung Cap. 24 zufolge dieses, — von einigen hier nicht zutreffenden Ausnahmefällen abgesehen, — die Größe des Brautschatzes nicht übersteigen darf, auch aus diesem Gesichtspunkte die Appellatin einen Nießbrauch an dem gesammten Vermögen ihres Ehemannes nicht in Anspruch nehmen kann, — und dann aus diesen Gründen laut des copeilich anliegenden heutigen Bescheides gegenwärtiges Rescript erkannt worden, so hat das Gericht unter Beiseitsetzung seines Bescheides vom 6. März a. p. die Appellatin zur Räumung des den Appellantischen Pupillen zuständigen Hofes und zur Erstattung der Proceßkosten zu verurtheilen, derselben jedoch die aus der Ehestiftung wegen ihres Eingebrachten und des ausgesetzten Gegen-Vermächtnisses zuständigen Ansprüche vorzubehalten."

Die von der Beklagten dagegen erfolgte Appellation ist vom K. O.-A.-G. ob non elisas rationes decidendi Rescripti a quo unterm 21. Februar 1842 verworfen.

Zweiter Fall.

Urtheil des O.-A.-G. Senat II vom 15. Februar 1860 i. c. der Wittwe Lüders zu Kettelstorf c. die Lüders'schen Vormünder. Trib.-Entsch. Jg. VI. Nr. 122, S. 233.

Dritter Fall.

Urtheil des großen Senats des O.-G. Celle vom 12. Jan. 1863 i. c. der Vormünder für die minderjährigen Kinder weil. Hauswirths Ahrens zu Sibbernhausen, Kläger, gegen die Wwe. Ahrens daselbst, Beklagte, wegen Herausgabe des väterlichen Nachlasses.

Der Hauswirth Ahrens, Inhaber eines Domanial-Meierhofes zu Sibbernhausen, Amts Bergen, ist im April 1862 ver-

Digitized by Google

storben mit Hinterlassung einer Wittwe und dreier minderjähriger Kinder, nachdem er am 27. März 1862 ein notarielles Testament ohne gutsherrliche Genehmigung errichtet hatte, worin er seine Kinder und seine Frau zu Erben ernannt, und seiner Frau das Recht eingeräumt hat, bis zur Volljährigkeit des Anerben den Hof nebst Allodio nießbräuchlich zu bewirthschaften. Die Wittwe hat sich in den Besitz des gesammten Nachlasses gesetzt.

Nachdem die für ihre Kinder angeordnete Vormundschaft klagend von ihr die Herausgabe des Nachlasses, insbesondere des Hofes, — und eventuell die Bestellung einer cautio usufructuaria verlangt hatte, hat die Beklagte Verwerfung der Klage beantragt, und hat ihre Vertheidigung zunächst auf ihres verstorbenen Ehemannes Testament gestützt, eventuell darauf, daß sie nach meierrechtlichen Grundsätzen berechtigt sei, die Bewirthschaftung des Hofes nebst Allodio bis zur Volljährigkeit des Anerben zu übernehmen, und daß sie mindestens befugt sei — auch gesonnen sei, sich wieder zu verheirathen, und ihren zweiten Ehemann bis zur Volljährigkeit des Anerben auf die Stelle zu bringen, daß aber eine Cautionsleistung in solchen Fällen nicht üblich sei.

Eventuell hat die Beklagte behauptet, daß nach einem im Fürstenthume Lüneburg oder doch im Amte Bergen bestehenden Gewohnheitsrechte die Wittwe eines Meiers, welcher minderjährige Kinder hinterlassen habe, berechtigt sei, die Bewirthschaftung des Colonats bis zum Eintritte der Befähigung eines der Kinder zur Hof-Uebernahme entweder selbst oder durch einen Interimswirth zu führen. Der Wittwe müsse zur Wahl eines Interimswirths Zeit gelassen werden — wenigstens bis zum Ablaufe des Trauerjahrs, und das sei noch nicht abgelaufen. Sie schütze die exceptio doli vor, insofern die Kläger schuldig seien, ihr den Hof wieder herauszugeben, sobald sie einen Interimswirth geheirathet haben werde.

Die Kläger haben erwiedert: das fragliche Testament sei wegen mangelnder gutsherrlicher Genehmigung nichtig. Einer Meierwittwe stehe kein absolutes Recht zu, einen Interimswirth in den Hof einheirathen zu lassen, jedenfalls dürfe sie, so lange

Digitized by Google

sie noch keinen Interimswirth gewählt und präsentirt habe, die Herausgabe des Hofes nicht verweigern.

Das (hier abgekürzt wiedergegebene) Urtheil des großen Senats des O.=G. Celle geht dahin:

Die Kläger werden mit ihrer ersten Namens aller Ahrens'schen Kinder als Intestaterben auf Herausgabe des gesammten Ahrens'schen Nachlasses angestellten Klage (der hereditatis petitio) und mit ihrer auf Bestellung einer cautio usufructuaria gerichteten Klage abgewiesen, weil das fragliche Testament, — soweit es die Wittwe und die Kinder zu Erben einsetze, gültig sei und deshalb die Intestatsuccession nicht Statt habe (während die darin enthaltene Bestimmung, wodurch der Beklagten das dingliche Recht eingeräumt worden, den Hof bis zur Volljährigkeit des Anerben nießbräuchlich zu bewirthschaften, wegen mangelnder gutsherrlicher Genehmigung nichtig sei).

Die Namens des Anerben auf Herausgabe des Hofes cum allodio erhobene Klage werde, — insoweit sie auf Herausgabe des Allodii gerichtet worden, — als unbegründet verworfen (weil die testamentarische Disposition des Erblassers über das Allodium des gutsherrlichen Consenses nicht bedurft habe und als rechtsbeständig anzusehen sei); im Uebrigen aber werde die Beklagte zur Herausgabe des von ihrem Ehemanne nachgelassenen Einviertelmeierhofes (nebst gewissen, näher bezeichneten Früchten) schuldig erkannt, falls sie nicht das von ihr behauptete Gewohnheitsrecht beweise.

Die Entscheidungsgründe lauten quoad passus concernentes:

„Zu ihrer Vertheidigung gegen die auf Herausgabe des Meierguts gerichtete Klage hat die Beklagte behauptet: daß nach meierrechtlichen Grundsätzen die Wittwe eines Meiers berechtigt sei, nach dem Tode ihres Ehemannes die Bewirthschaftung des Meierguts bis zur Volljährigkeit des Anerben zu übernehmen, — mindestens aber sich wieder zu verheirathen, und ihren zweiten Ehemann als Interimswirth bis zur Volljährigkeit des Anerben auf den Hof zu bringen. Eventuell aber hat die Beklagte behauptet: daß ihr beide eben genannten Rechte nach einem im Fürstenthume Lüneburg oder doch im Amte Bergen bestehenden Gewohnheitsrechte zustehen.

Digitized by Google

„Die Kläger haben bestritten, daß die fraglichen Rechtssätze nach gemeinem oder particulairem Meierrechte bestehen, und daß im Fürstenthum Lüneburg oder dem Amte Bergen das beklagtischerseits behauptete Gewohnheitsrecht gelte.

„Es ist nun allerdings sehr bestritten, ob jene Rechtssätze nach gemeinem oder particulairem Meierrechte als geltend anzuerkennen seien; — für die richtigere Meinung ist zu halten: daß bei dem Tode des Meiers das meierrechtliche Eigenthum des Meierhofes ipso jure auf den Anerben übergehe, — daß jedoch der Wittwe des Meiers das absolute (d. h. von dem Consense des Gutsherrn und der Vormünder für die minderjährigen Kinder des Erblassers unabhängige) Recht zustehe, sich wieder zu verheirathen, und dadurch ihrem zweiten Ehemanne —, als dem Interimswirthe, bis zur Volljährigkeit des Anerben ein selbstständiges Recht auf Bewirthschaftung des Meierguts zu verschaffen, daß aber die Wittwe, falls sie von diesem ihrem Rechte auf Anordnung einer Interimswirthschaft keinen Gebrauch mache, nicht befugt sei, selbst die Bewirthschaftung des Meierguts zu übernehmen, daß vielmehr alsdann die Vormünder berechtigt seien, die Verwaltung des Hofes für alleinige Rechnung des Anerben zu besorgen (falls nicht etwa durch Vereinbarungen der Wittwe mit den Vormündern unter obervormundschaftlicher Genehmigung eine andere Einrichtung festgestellt sein sollte, namentlich die bei kleinen Höfen vorkommende, daß der Wittwe die Wirthschaftsführung überlassen wird unter der Verpflichtung, die Kinder zu alimentiren und die Abgaben und Lasten und Zinsen der Hypothekenschulden zu bezahlen.

„Da nun aber die Beklagte von ihrem Rechte, einen Interimswirth auf den Hof zu bringen, bislang keinen Gebrauch gemacht hat, und da dieselbe nicht befugt erscheint, aus dem Grunde, weil sie demnächst von jenem Rechte Gebrauch zu machen beabsichtigt, die Vormünder ihrer Kinder an der einstweiligen Hinnahme und Verwaltung des Hofes zu verhindern, — so wird dieselbe, falls sie nicht etwa beweisen würde, daß im Fürstenthume Lüneburg oder doch im Bezirke des Königl. Amts Bergen ein Gewohnheitsrecht bestehe, wonach die Wittwe eines mit Hinterlassung minderjähriger Kinder verstorbenen Meiers berechtigt sei, die Bewirthschaftung des Meierhofes bis zum

Digitized by Google

Eintritte der Befähigung eines der Kinder zur Hofes-Uebernahme selbst zu führen, — unter Verwerfung der vorgeschützten exceptio doli schuldig zu erkennen sein, den Klägern den fraglichen Hof herauszugeben.

„Es versteht sich von selbst, daß die klagenden Vormünder nach Herausgabe des Hofes zu einer angemessenen Alimentation der Beklagten aus dem Hofe verpflichtet sein werden. Ihrem Ermessen bleibt es überlassen, auf welche Weise die künftige Verwaltung des Hofes so geordnet werden könne, daß demnächst, wenn die Beklagte von ihrem Rechte auf Anordnung einer Interimswirthschaft Gebrauch machen sollte, die Uebergabe des Hofes an den Interimswirth ausführbar bleiben wird.

— — —

„Der Anspruch der Kläger, daß die Beklagte eine cautio usufructuaria bestelle, wird nur für den Fall, wenn die Beklagte den ihr bezüglich des Gewohnheitsrechtes auferlegten Beweis erbringen sollte, noch in Betracht zu ziehen sein. Da nun auf eine derartige in Folge Gewohnheitsrechts bestehende Berechtigung einer Meierwittwe, also auf ein deutschrechtliches Institut, die Grundsätze des Römischen Rechts vom usus fructus nicht anwendbar erscheinen, da es vielmehr im Allgemeinen nicht gebräuchlich ist, daß Meierwittwen, welchen die Hofesbewirthschaftung nach ihres Mannes Tode überlassen ist, zur Bestellung einer cautio usufructuaria angehalten werden, und da die Kläger auch nicht behauptet haben, daß das von der Beklagten behauptete Gewohnheitsrecht nur in Verbindung mit einer Verpflichtung der Meierwittwe zur zuvorigen Bestellung einer cautio usufructuaria bestehe (in welchem Falle es noch darauf angekommen sein würde, ob Kläger diese Modification des angeblichen Gewohnheitsrechtes gegenbeweislich darthun würden), — so sind die Kläger mit dieser unbegründeten Klage zurückzuweisen."

Digitized by Google

2. Ueber die Vereinigung von Bauerhöfen im Fürstenthume Lüneburg.

Vom Herrn Amtsassessor Schulze in Harburg.

1.

Es kommt neuerdings häufig vor, daß Bauerhöfe mit anderen Bauerhöfen oder mit Gütern vereinigt werden und dadurch ihre wirthschaftliche Selbstständigkeit verlieren. Diese Thatsache ist eine Folge des steigenden Werths des Grundeigenthums und des daraus hervorgehenden Strebens der Grundeigenthümer, ihre Besitzungen zu vergrößern und zu arrondiren. Kann nun die Bildung größerer Güter in mancher Hinsicht, namentlich im Interesse der Landwirtschaft nur erwünscht erscheinen, so erregt doch andererseits die Verminderung der vorhandenen Anzahl selbstständiger Ackerwirthschaften nicht ungerechte Besorgniß. Denn eine im Allgemeinen gleichmäßige Vertheilung des Grund und Bodens ist in der That eine Hauptgewähr für den Wohlstand der Unterthanen und damit der Blüthe und Steuerkraft eines Staates. Die Anhäufung des Grundbesitzes in der Hand weniger Begüterten dagegen muß, wenn sie ein gewisses Maß überschreitet, nicht minder für ein volkswirthschaftliches Uebel gehalten werden, als die Zersplitterung der Höfe in kleine, zweckmäßiger Bewirthschaftung nicht mehr fähige Parcellen. Es liegt daher nahe, nach Mitteln zu suchen, welche die Höfe gegen den Untergang durch Vereinigung schützen mögen. Unter diesen Mitteln werden gesetzliche Vorschriften, welche die Vereinigung von Höfen mit einander oder mit Gütern unbedingt oder bedingt untersagen, den ersten Platz einnehmen müssen.

Die Erhaltung der Höfe in ihrem Bestande ist schon seit langer Zeit Gegenstand der Regierungssorge in unserm Lande. Es bestehen darüber mancherlei gesetzliche Vorschriften.

Diese sind verschiedenen Inhalts für die einzelnen Provinzen. Insbesondere bestehen solche, sämmlich aus älterer Zeit herrührende Vorschriften auch für das Fürstenthum Lüneburg.

Aus den letzteren hat vielfach ein allgemeines Verbot der Vereinigung von Höfen im Fürstenthume Lüneburg abgeleitet werden sollen, während von anderer Seite bestritten ist, daß

Digitized by Google

ein solches darin zu finden sei. Die Quellen sind größtentheils dunkel und verschiedener Deutung fähig. Der nachstehende Aufsatz soll einen Beitrag zur Auslegung der Lüneburgschen Gesetzgebung in der angedeuteten Richtung liefern und also die Lösung folgender Frage versuchen:

Besteht für das Fürstenthum Lüneburg ein gesetzliches Verbot der Vereinigung von Bauerhöfen mit einander oder mit Ritter- und anderen Gütern?

Der bessern Uebersicht halber lasse ich zunächst die Gesetzesstellen, auf deren Interpretation die Untersuchung der aufgeworfenen Frage sich vorzugsweise zu stützen hat, hier folgen:

1) Landtagsabschied von 1640:

„Daß mit allem Fleiße dahin zu trachten, damit die wüsten Höfe wieder besetzet, so viel möglich zum Stand gebracht und dem gemeinen Gute nichts entzogen werde."

2) Landtagsabschied von 1645:

„Die Gutsherren sollen sich angelegen sein lassen, daß die wüsten Höfe förderlicht wieder besetzt werden."

3) Edict vom 6. Februar 1656:

„Da die Gutsherren wüste Stätten an sich gezogen haben, woraus dem Landesherrn und dem gemeinen Besten Schaden verursacht wird, so wird bei Vermeidung nachdrücklicher Strafe befohlen, daß die jedes Orts vorhandenen wüsten Höfe und Koten entweder von denen so einige Erbgerechtigkeit darauf haben, oder bei deren Verzögerung mit anderen tüchtigen Bauersleuten, so die Höfe wieder in Stand bringen mögen, wieder besetzt werden sollen."

4) Edict Herzogs Christian Ludwig vom 21. Mai 1656:

„Diejenigen, so ihre Höfe und Koten verlassen, sollen sich wieder auf dieselben begeben und sie anbauen."

5) Landtagsabschied von 1673:

„Wann auch 7. in dem Landtagsabschiede von 1640 die heilsame Verordnung beschehen, daß mit allem Fleiße dahin zu trachten, damit die wüsten Höfe wieder besetzet, so viel möglich zum Stand gebracht, und dem gemeinen Gute nichts entzogen werde; und ob zwar wegen dessen, was von den Ländereien, Wischen und anderen Pertinentien, welche inmittelst von den Gutsherren genossen und gebraucht werden, dem Publiko zuzu-

Digitized by Google

wenden, damalig kein gewisser Schluß gemacht, dennoch dafür gehalten worden, daß auf das wenigste von demjenigen, welcher olche Stücke im Gebrauch hat, etwas davon entrichtet werden müsse, solcher Verordnung aber nicht nachgesetzet worden. . . .

„Als haben Seine Fürstl. Durchlaucht auch darin gnädigst gewilligt, also und dergestalt, daß denjenigen, welche die wüsten Höfe wiederum in Bau bringen, wenn sie deswegen sich gehörigen Orts angemeldet, etwas an Bauholz ausgefolget, auch sie in den ersten 3 Jahren mit keiner Contribution oder dergleichen Landesanlagen beschwert werden sollen . . . . dann so wollen Seine Fürstl. Durchlaucht sich gnädigst versehen, daß die Gutsherren keinen Fleiß sparen werden, die Wiedererbauung der wüsten Höfe in dem vorgesetzten Termine der drei Jahre zu Werke zu richten.

„Seine Fürstl. Durchlaucht haben auch 8. gnädigst gewilligt, wann ein Hof in solchen Stand gerathen, daß derselbe ohne einige Freiheit von den Landes-Oneribus nicht erhalten, sondern verlassen werden dürfte, demselben auf beschehene Erkundigung der Umstände die Freiheit von einem Jahre widerfahren zu lassen."

6) Landtagsabschied von 1686:

„Die Besetzung und Entsetzung der Höfe anlangend, wollen Ihro Durchlaucht gnädigst geschehen lassen, daß die Adeliche und andere Gutsherren ihre Gutsleute, wann zu erweisen, daß sie sich ihres Meier- oder Erbzinsrechts verlustig gemacht, oder sie auch kundbarlich den Höfen ferner vorzustehen untüchtig und unvermögend sind, dieselbe entsetzen mögen, jedoch daß ihnen ein Vierteljahr vorher der Hof und das daran habende Meier- oder Erbzinsrecht aufgekündigt, auch ihrer Durchlaucht Polizei-Ordnung Cap. 44 darunter nicht zugegen gehandelt". . . .

7) Lüneburgsche Polizeiordnung von 1618, Cap. 44:

„Wir ordnen und wollen gleichwohl, daß die Schillings-Höfe und Kothen zusammt allen deren Zubehörungen bei den Erben, solange sie den Gutsherren an Diensten, Zinsen, Pachten und anderm, wie es von Alters hergebracht, davon bei rechter Zeit leisten, geruhiglich gelassen und sie ohne Verwirkung und unsere Erkenntniß von den Schillingsgütern durchaus nicht verstoßen werden sollen."

Digitized by Google

8) Redintegrationsverordnung v. 1. Juli 1699, Cap. 7, worin geschrieben wird:

„daß wenn ein Colonus den Hof ruinirt, er abgemeiert werden und den Hof ein anderer tüchtiger Hauswirth wieder annehmen soll."

9) Kammerausschreiben vom 19. Juli 1706:

„Es dient hiebei zu Eurer Direction, daß man unter den wüsten Höfen nicht blos diejenigen, wovon nichts mehr in die Register kommt, sondern auch alle diejenigen verstehe, worauf kein gewisser Hauswirth oder Riegemann wohnt, obgleich alle Praestanda davon in die Register mithin auch dem Publico entrichtet würden."

Dies ist im Wesentlichen das Material, aus dem die aufgeworfene Frage beantwortet werden muß. Nun springt es sofort in die Augen, daß keine der angeführten Bestimmungen direct und unzweideutig die Vereinigung von Höfen untersagt. Namentlich wird das Wort „Vereinigung" nirgends genannt. Dieser Umstand beweist nun allerdings noch nicht, daß die Unzulässigkeit der Vereinigung aus dem Inhalte der Quellen nicht hervorgehe, zumal ältere Gesetze oft mangelhaft redigirt sind, insbesondere scharfer Begriffsbestimmungen entbehren. Diejenigen, welche aus jenen Landtagsabschieden und Edicten ein allgemeines polizeiliches Verbot der Vereinigung von Höfen ableiten, berufen sich auf das klar und bestimmt darin wiederkehrende Gebot der Wiederbesetzung der wüsten Höfe. Sie sagen: wüste Höfe sind wirthslose Höfe. Muß ein wirthsloser Hof wieder besetzt werden, und also jeder Hof seinen eigenen Wirth haben, so ist eine die einzelnen Höfe ihrer Wirthe beraubende Vereinigung jedenfalls unzulässig. In wie weit diese Folgerung haltbar ist, wird die nachstehende Darlegung zeigen.

2.

Bei näherer Prüfung des Inhalts unserer Quellen ist es zunächst erforderlich, zu erörtern, was eigentlich unter den wüsten Höfen von denen so viel die Rede, zu verstehen ist. Der Begriff des „wüsten Hofes" ist keineswegs über alle Zweifel erhaben. Im Anschlusse an das Cammerausschreiben vom 19. Juli 1706 hat man häufig einen wüsten Hof als einen solchen de-

Digitized by Google

finirt, der nicht mit einem eigenen Hauswirthe besetzt sei. Geht man aber vom Sprachgebrauche des gemeinen Lebens aus, so denkt man sich offenbar unter einem „wüsten" einen verwüsteten, verfallenen, in schlechtem wirthschaftlichen Zustande befindlichen Hof. Es wird allerdings in vielen Fällen ein Hof, welcher keinen eignen Hauswirth hat eben aus diesem Grunde verfallen sein. Indessen ist dies doch nicht nothwendig der Fall. Werden Aecker und Wiesen bestellt und abgeerntet, die Hofesgebäude in Stand gehalten, wenn auch von einem nicht auf dem Hofe wohnenden Landwirthe, so wird man den Hof keinen wüsten nennen.

Man könnte dem vielleicht entgegensetzen: der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens entscheide nichts. Der Ausdruck: „wüster Hof" in dem Sinne eines nicht mit einem eignen Reihemanne besetzten Hofes sei ein technischer geworden. Cf. Bülow und Hagemann practische Erörterungen, Bd. V. Er. 35.

In diesem Aufsatze heißt es:
es komme bei der Qualität eines wüsten Hofes nicht auf den Mangel der Gebäude auf der eigentlichen Area oder Hofstätte, sondern darauf an, ob der Hof wirthslos sei, und man könne daher unter einem wüsten Hofe im juristischen Sinne nur eigentlich einen solchen verstehen, worauf sich kein Colonus befinde.

Allein diesen juristischen Sprachgebrauch, der allerdings eine gewisse Verbreitung erlangt zu haben scheint, muß ich für einen unrichtigen, daher ebenfalls nicht entscheidenden halten. Demselben kann durch die kürzere oder längere Zeit seines Bestehens keine Sanction zu Theil geworden sein. Es kommt eben nicht darauf an, in welchem Sinne neuerdings der Ausdruck „wüster Hof" verstanden ist, sondern welche Bedeutung ihm die älteren Gesetze, in denen er vorkommt, beigelegt wissen wollen.

Die Landtagsabschiede von 1640 und 1645, sowie die landesherrlichen Edicte vom 6. Febr. und 21. Mai 1656 enthalten keine weitere Umschreibung oder Erklärung, was sie unter wüsten Höfen verstehen. Dagegen finden sich schon einige Anhaltspuncte in dem Landtagsabschiede von 1673. Denn hier ist von Wiedererbauung der wüsten Höfe die Rede. Dies berechtigt zu dem Schlusse, daß der Gesetzgeber an einen Hof,

Digitized by Google

dessen Gebäude und Aecker verfallen, gedacht habe. Nennt er einen solchen Hof einen wüsten, so schließt er sich in seine Ausdrucksweise dem gemeinen Sprachgebrauche an.

Weitere Aufklärung geben mehrere Regierungsschreiben aus dem Ende des 17. Jahrhunderts.

Ein Ausschreiben vom 8. Januar 1687 verspricht denjenigen, welche wüste Höfe annehmen, Befreiung von der Contribution und anderen Lasten. Dabei wird folgendermaßen unterschieden. Wer einen ganz wüsten Hof oder Koth-Stätte ohne alle Gebäude und, da der Acker ganz in Haide verwachsen, annimmt, soll 5 Jahre, wer einen Hof ohne Gebäude, bei welchem aber der Acker noch im Stande ist, antritt, 3 Jahre, wenn Haus und Scheuer fehlen, 2 Jahre, da das Wohnhaus allein fehlet, ½ Jahr jene Befreiung genießen.

Ein Ausschreiben vom 9. August 1690 enthält ebenfalls verschiedene Vorschriften über die Wiederbebauung der wüsten „oder verfallenen" Höfe. Der auf dem verfallenen Hofe noch befindliche Wirth soll denselben quitiren zu Gunsten des neuen Colonen.

Ein Ausschreiben vom 13. März 1694 endlich bestimmt, daß die Eigenthümer wüster Höfe aufgefordert werden sollen, ihre wüsten Stätten wieder zu bebauen, widrigenfalls die Stelle demjenigen, welcher sie bebauen will angewiesen werden soll.

Aus diesen Regierungsschreiben geht aufs Bestimmteste hervor, daß man sich an maßgebender Stelle im 17. Jahrhundert, unter einem wüsten Hofe einen solchen gedacht hat, dessen Gebäude oder Aecker oder beides zugleich verfallen sind. Auch wird darin der Fall als möglich vorausgesetzt, daß ein wüster Hof noch einen Wirth habe. Wüster Hof und wirthsloser Hof sind also keineswegs identisch.

Cf. auch Redintegrations-Verordnung vom 1. Juli 1699, wo es in der Einleitung, al. 2 heißt:

„. . . kein Vieh mehr halten, noch es zu halten vermögsam bleiben, mithin die Höfe an Aeckern und Gebäuden nothwendig in Abgang und Ruin gerathen, folglich „gar wüste" werden. . . ."

Zu demselben Ergebnisse muß eine Betrachtung über die Veranlassung und den Zweck unserer Gesetze führen.

Digitized by Google

Die angeführten Landtagsabschiede und Verordnungen, in welchem von wüsten Höfen die Rede ist, sind theils während des 30jährigen Krieges, theils kurz nach demselben entstanden. Dieser verhängnißvolle Krieg hatte die vormals blühenden Fluren Deutschlands, namentlich auch Niedersachsens verheert. Zahllose Dörfer waren zerstört und ihre Feldmarken wüste gelegt. In so trauriger Zeit war es ein sehr natürliches Bestreben der Landesherren, den tief gesunkenen Wohlstand des Landes wieder zu heben. Daher das Gebot der Wiederbebauung der Höfe neben dem Verbote der Theilung derselben. Der gesetzgeberische Zweck war, dahin zu wirken, daß das durch die Kriegsfurie verheerte und seitdem von Pflug und Sense unberührt gebliebene Land wieder in Cultur genommen werde, um einer vermehrten Bevölkerung Arbeit und Nahrung zu gewähren. Zu dem Gebote, daß ein Hof, auch wenn er in gutem Stande, mit einem eignen Hauswirthe besetzt sein müsse, war in einer Zeit der Nachwehen eines großen Krieges gewiß keine Veranlassung vorhanden. Es liegt also die Vermuthung überaus nahe, daß mit den wüsten Höfen unserer Quellen lediglich die im 30jährigen Kriege verwüsteten gemeint sind.

Dieses ganze Raisonnement würde freilich hinfällig sein, wenn das oben citirte Cammerausschreiben, welches eine nicht mißzuverstehende Definition der wüsten Höfe giebt, bindend für uns wäre. Dieses Ausschreiben will nicht neue Vorschriften erlassen; seine Bedeutung ist eine declaratorische. Ich kann aber die in demselben enthaltene Interpretation der älteren gesetzlichen Bestimmungen für eine bindende nicht ansehen.

Die Cammer mag in ihrer Eigenschaft als Gutsherrschaft befugt gewesen sein, den herrschaftlichen Meiern gegenüber zu bestimmen, daß die nicht mit einem besonderen Reihemanne besetzten Höfe als wüste Höfe anzusehen und zu behandeln seien. Eine weiter gehende Bedeutung aber als die einer gutsherrlichen Anordnung möchte ich jenem Ausschreiben nicht beilegen, es nicht als eine polizeiliche Verordnung auffassen, welche für alle, auch die nicht dem Domanium pflichtigen Bauerhöfe gültig ist. Man wende nicht ein, daß im Jahre 1706 die Cammer nicht allein Domanialverwaltungs- sondern zugleich Regiminalbehörde gewesen sei, daher auch in letzterer Eigenschaft jene Be-

Digitized by Google

stimmung getroffen habe. Denn einmal sprechen die Worte: „wovon nichts mehr in die Register kommt" dafür, daß man hier nur die herrschaftlichen Meierhöfe, namentlich nicht die freien Höfe vor Augen gehabt hat. Sodann aber war das Ausschreiben einer Behörde gewiß nicht geeignet, Bestimmungen mit gesetzlicher Kraft zu erlassen, oder bestehende Gesetze in einer alle Behörden bindenden Weise zu declariren. Außerdem ist es im höchsten Grade dunkel, inwieweit jenes Ausschreiben, welches in keiner Zusammenstellung älterer Gesetze und dem Vernehmen nach auch nicht in den Registraturen der Behörden sich findet, gehörig publicirt und zur practischen Anwendung gekommen ist. Vielleicht hat es gar keine allgemeine Bedeutung haben sollen. Abgedruckt findet es sich bei:

Fr. Carstens: de successione villicali in ducatu Luneburgico, liber sing. §. 46, pag. 37.

Wüste Höfe sind demnach nicht solche, welche nicht mit einem eigenen Reihemanne besetzt, sondern solche, welche verfallen sind.

3.

Einen Schritt weiter gehend habe ich nunmehr zu untersuchen, was unsere Quellen über die wüsten Höfe bestimmen.

Der Landtagsabschied von 1640 sagt: „wüste Höfe sollen wieder besetzt und zum Stand gebracht werden." Das heißt: der wüste Hof soll, wenn ein Wirth etwa noch vorhanden, von diesem wieder in einen ordnungsmäßigen landwirthschaftlichen Zustand gebracht, wenn aber ein Wirth nicht mehr vorhanden, mit einem solchen zum Zwecke des Wiederanbaues versehen werden.

Bei solcher Besetzung sollen dem Edicte vom 6. Februar 1656 zufolge zwar die etwa Erbberechtigten vorzugsweise berücksichtigt, wenn dies aber ohne Weiterungen nicht möglich, auch andere tüchtige Bauersleute zu Wirthen genommen werden. Der Wiederanbau des verwüsteten Landes soll eben durch Streitigkeiten über vielleicht dunkle und schwer zu erweisende Rechtsansprüche nicht aufgehalten werden.

Das Edict vom 21. Mai 1656 befiehlt Wiederbebauung der von den Wirthen verlassenen Höfe, die Landtagsabschiede

Digitized by Google

von 1645 und 1673 Wiederbebauung und Wiederbesetzung derselben. Darüber hinausgehende Vorschriften finden sich in keinem unserer Gesetze. Nirgends wird der Vereinigung von Höfen ausdrücklich gedacht.

Es handelt sich hier größtentheils um gutspflichtige Höfe, da abgesehen von dem sogenannten großen Freien (dem vormal. Amte Ilten) und den Elbmarschen freie Höfe damals nur in geringer Anzahl im Fürstenthume Lüneburg vorhanden gewesen sind. Gleichwohl läßt sich nicht in Abrede stellen, daß sowohl die Landtagsabschiede von 1640, 1645 und 1673 als die landesherrlichen Edicte vom 6. Febr. und 21. Mai 1656 eine allgemeine landespolizeiliche Bedeutung haben. Sie wollen alle wüsten Höfe, auch die freien, wieder in gehörigen Stand gebracht sehen, „damit dem gemeinen Gute nichts entzogen werde". Dies folgt auch aus ihrer oben angedeuteten Entstehungsgeschichte. Sofern daher von Wiederbebauung geredet wird, ist dies auf alle Höfe zu beziehen. Sofern dagegen Wiederbesetzung geboten wird, ist natürlich nur an die gutspflichtigen Höfe zu denken, da zur Besetzung freier Höfe niemandem ein Recht zusteht.

Für die Entscheidung der aufgeworfenen Frage ist aber nur die Anordnung der Wiederbesetzung nicht die der Wiederbebauung wichtig. Der Kern unserer Gesetzesstellen läßt sich daher, soweit er hier in Betracht kommt in folgenden Satz zusammenfassen: der Gutsherr darf den wüsten Hof, wenn derselbe keinen Wirth mehr hat, weder wüste liegen lassen noch zum eignen Gebrauche einziehen.

Damit nun beurtheilt werden könne, ob dieser Satz zugleich ein Verbot der Vereinigung in sich schließt, muß der Begriff der Vereinigung festgestellt werden.

Es lassen sich zwei Fälle denken, in denen Höfe unter einander oder mit Gütern in eine gewisse Verbindung treten. Der erste Fall ist der Besitz mehrerer im Uebrigen selbstständig bleibenden Höfe Seitens ein und derselben Person. Der zweite Fall ist der, wo die Höfe, die im Besitze desselben Landwirths sich befinden, zugleich ihre wirthschaftliche Selbstständigkeit einbüßen. Der erste Fall kann hier nicht weiter interessiren und zwar deshalb nicht, weil ein solcher Besitz mehrerer Höfe durch-

Digitized by Google

aus zulässig und an keinerlei Beschränkungen gebunden ist. In früheren Zeiten freilich ist es für unstatthaft gehalten worden, daß ein und derselbe Bauer gleichzeitig mehrere Höfe besitze. Ohne auf die Begründung dieser Ansicht näher einzugehen, bemerke ich nur, daß dieselbe heutiges Tages als eine überwundene zu betrachten ist, und über die Statthaftigkeit des Besitzes mehrerer Höfe kein Streit mehr obzuwalten scheint. Neuere Entscheidungen der Verwaltungsbehörden bestätigen dies. Auch die Gerichte haben in diesem Sinne erkannt.

Cf. Neues Magazin. Band IV (1863) Heft 3, pag. 446 ff.

Der in dieser Abhandlung besprochene Fall ist freilich nach Hoyaschem Rechte zu beurtheilen. Indessen ist das Hoyasche Successionsedict vom 29. Januar 1720, auf welches die Entscheidung hauptsächlich sich stützt, dem für Lüneburg unter dem 19. Mai 1702 erlassenen bekanntlich gleichlautend. — Es kommt also nur der 2. Fall in Betracht, wo eine die wirthschaftliche Selbstständigkeit der einzelnen Höfe vernichtende Verbindung, ein völliges Aufgehen derselben in einander oder in ein Gut eingetreten ist. Hierin liegt das Wesen der Vereinigung im eigentlichen Sinne. Da drängt sich nun freilich die Frage auf: woran soll man denn erkennen, wann im Gegensatze zum bloßen Besitze mehrerer Höfe eine wirkliche Vereinigung vollzogen ist? Die Beantwortung dieser Frage ist nicht ohne Schwierigkeiten. An gesetzlichen Anhaltspunkten fehlt es. Es sind daher stets die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen. Gleichwohl lassen sich einige Merkmale allgemeiner Natur aufstellen. Die Selbstständigkeit eines Hofes beruht hauptsächlich in seinem Wirthschaftsgebäuden und seiner Spannfähigkeit. Werden daher die Gebäude abgebrochen und keine Zugthiere mehr gehalten, so fehlen die wesentlichen Merkmale einer selbstständigen Wirthschaft. Andererseits ist eine vollständige Vereinigung dann gewiß noch nicht eingetreten, wenn auf dem Hofe noch das zur Feldbestellung erforderliche Zugvieh und sonstiges Vieh gehalten, die Ernte in die Hofesgebäude eingebracht wird und etwa ein Hofmeister oder ein Knecht auf dem Hofe wohnt. Daß zur Wahrung der wirthschaftlichen Selbstständigkeit des Hofes ein selbstständiger Hauswirth, z. B. ein Pächter oder Administrator

Digitized by Google

darauf wohne, wird nicht zu verlangen sein. Uebrigens läßt sich nicht verkennen, daß es in manchen Fällen schwer sein wird, zu bestimmen, ob eine eigentliche Vereinigung oder ein bloßer Besitz mehrerer Ackerwirthschaften vorliegt.

Ist der Begriff der Vereinigung solchergestalt zu begrenzen und andererseits durch unsere Quellen die Einziehung wüster Höfe untersagt, so ist die nächst liegende Frage die: ist denn Einziehung eines Hofes und Vereinigung desselben mit anderen Grundbesitzungen ein und derselbe Begriff?

Diese Frage ist nicht schlechthin zu verneinen. Es sind vielmehr zwei Möglichkeiten zu unterscheiden. Ein Hof kann nämlich entweder mit dem Gute desjenigen Gutsherrn, welchem er pflichtig ist, oder mit einem andern Gute resp. Hofe verbunden werden.

Was nun den ersten Fall betrifft, so wird die Einziehung eines Hofes zum eignen Gebrauche des Gutsherrn häufig, ja meistens, eine Vereinigung in dem eben entwickelten Sinne in sich schließen. Dies ist jedoch nicht nothwendig der Fall. Denn es ist möglich, daß der Gutsherr, welcher einen unbesetzten Hof einzieht, denselben als vollkommen selbstständige Wirthschaft bestehen läßt, ihn aber mit einem Pächter oder Hofmeister versieht. Der Begriff der Vereinigung ist insofern enger als der Begriff der Einziehung.

Was aber den zweiten Fall betrifft, so kann die Vereinigung eines Hofes mit einem Gute oder andern Hofe durch die verschiedensten Umstände, z. B. durch Erbschaft, Heirath, Kauf, veranlaßt werden. Von einer Einziehung, Versäumung der — nur dem competenten Gutsherrn zustehenden — Wiederbesetzung kann in allen diesen Fällen nicht die Rede sein. Der Begriff der Vereinigung ist daher auf der anderen Seite ein viel weiterer, als der Begriff der Einziehung. Vereinigung und Einziehung sind also nicht identisch, vielmehr ganz verschiedene Dinge. Nur unter besondern Umständen kann die Einziehung zugleich eine Vereinigung in sich schließen. Verboten ist in unseren Quellen nur die Einziehung aller wüsten Höfe, selbst wenn sie keinen Wirth mehr haben, und selbst wenn Erben des letzten Wirthes nicht mehr vorhanden sind.

Wie ist es aber mit nicht wüsten Höfen, die keinen Wirth

Digitized by Google

mehr haben? Die Beantwortung dieser Frage führt mich zu einem allgemeinen meierrechtlichen Grundsatze, der einer Erwähnung bedarf. In fast allen Meiergesetzgebungen findet sich der Satz, daß der Gutsherr nicht befugt ist, einen durch Aussterben der Meierfamilie oder durch Abmeierung erledigten, noch viel weniger also einen wirthslosen, von etwa noch vorhandenen, nicht abgemeierten, Mitgliedern der Meierfamilie in Anspruch genommenen Hof zum eignen Gebrauche einzuziehen, vielmehr denselben mit einem Colonen wieder besetzen muß. Nur in einem Falle, wenn nämlich dringende Nothwendigkeit es gebietet, darf der Gutsherr den erledigten Hof in seinem eignen Nutzen verwenden.

Cfr. Gandersheim. Landtagsabschied von 1601, Cap. 24.

Für das Fürstenthum Lüneburg insbesondere wird jener Satz außer auf die angeführten Landtagsabschiede auf die Polizeiordnung von 1618, Cap. 44, und die Redintegrations-Verordnung von 1699, Cap. 7 gestützt.

Aus den beiden zuletzt angeführten Gesetzen, namentlich dem Cap. 7 der Redintegrations-Verordnung dürfte er sich unzweifelhaft ergeben.

Cfr. oben pag. 8.

Auch von der Praxis ist er anerkannt. Auf die Landtagsabschiede von 1640, 1645 und 1673 möchte ich ihn dagegen nicht stützen. Denn diese verbieten nur die Einziehung der wüsten Höfe. Ich fasse die Sache so auf, daß die Landtagsabschiede — neben anderen Vorschriften — auch den bereits anerkannten Satz, daß erledigte Meierhöfe nicht eingezogen werden dürfen, ausdrücklich wieder einschärfen, zur Anwendung auf die zahlreichen im 30jährigen Kriege verwüsteten und ihrer Wirthe beraubten Höfe.

Will man also in dem Verbote der Einziehung zugleich ein Verbot der Vereinigung finden, so ist es meines Erachtens richtiger, auf jenen meierrechtlichen Grundsatz und die Vorschriften der Redintegrations-Verordnung, als auf die Bestimmungen der Landtagsabschiede über die wüsten Höfe sich zu stützen. Man hat dann wenigstens als Grundlage weiterer Folgerungen eine für alle erledigten, bezw. wirthslosen Höfe, sie mögen wüste sein oder nicht, gültige Bestimmung und braucht

Digitized by Google

nicht erst zu beweisen, daß wüste Höfe wirthslose sind. Aber Einziehung und Vereinigung sind eben nicht identisch; das Verbot der ersteren schließt das der letztern, wenigstens direct, nicht in sich.

Nun könnte man einwenden und wendet ein: Es sei diejenige Vereinigung unzulässig, welche mittelst der Einziehung eines Hofes vollführt werde. Diese Vorschrift müsse der Natur der Sache nach auf jede andere Vereinigung, also auch wenn dieselbe in Folge eines Kaufs, einer Heirath u. s. w. geschehe, ausgedehnt werden.

Zu solchem Satze würde man gelangen können entweder auf dem Wege der extensiven Auslegung, oder mittelst Anwendung der Analogie.

Die extensive Auslegung geht aus von der Absicht des Gesetzgebers. Sie nimmt an, daß der Ausdruck des Gesetzes enger ist, als der Gedanke des Gesetzgebers. Wollte man sie im vorliegenden Falle anwenden, so würde man also annehmen müssen, daß unsere Quellen, an den Fall der Vereinigung denkend, solche durch ihr Verbot der Einziehung haben hindern wollen.

Der Anwendung der extensiven Auslegung steht nun aber Folgendes entgegen:

1) Bestimmungen, welche die Freiheit des Eigenthums in so erheblichem Umfange beschränken wie die Verbote der Einziehung von Höfen, sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen streng zu interpretiren.

2) Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, welcher die Einziehung von Höfen untersagt, bezweckt hat, die in der Einziehung unter Umständen liegende Vereinigung, geschweige denn eine sonstige Vereinigung zu hindern. Denn gegen die Vereinigung von Höfen ist man überhaupt erst eingeschritten, nachdem man die volkswirthschaftlichen Nachtheile der Anhäufung des Grundbesitzes in einer Hand erkannt hatte. Schwerlich ist dies aber zu den Zeiten des 30jährigen Krieges bereits der Fall gewesen. War doch damals noch weniger als jetzt die Vertheilung des Grundbesitzes in den meisten Provinzen unseres Landes, insbesondere im Fürstenthume Lüneburg der Art, daß

Digitized by Google

man auf die nachtheiligen Folgen der Vereinigung von Höfen mit Gütern durch practische Erfahrungen hingewiesen worden wäre und Grund gehabt hätte, den kleinen Grundbesitz gegen das Aufgehen in den großen mittelst gesetzlicher Schranken zu schützen. Die Vertheilung des Grundbesitzes im Fürstenthume Lüneburg ist stets eine ziemlich gleichmäßige, daher glückliche gewesen. Größere Güter sind nur in geringer Anzahl vorhanden; die in neuerer Zeit begonnene Bildung solcher ist in mancher Hinsicht nur vortheilhaft. Das Verbot der Einziehung der wüsten Höfe hat eben nur den Zweck gehabt, den Wiederanbau des verwüsteten Landes zu fördern, dadurch sowohl die Einwohnerzahl als die Einkünfte des Domaniums und des Staates zu mehren, endlich die Theilnahme der Bauerhöfe an den Befreiungen der Rittergüter von öffentlichen Lasten zu hindern.

Eher als die extensive Auslegung möchte vielleicht die Anwendung der Analogie zu dem gewünschten Satze führen.

Die Analogie setzt eine Lücke in dem positiven Rechte voraus und füllt diese, sich stützend auf den legislatorischen Grund, aus durch Anwendung der bestehenden Gesetze auf neue Rechtsverhältnisse.

Es muß also zunächst ermittelt werden, ob in der vorhandenen Gesetzgebung wirklich eine Lücke sich befindet. Ich will zugeben, daß eine solche vorhanden ist, indem die Vereinigung von Höfen unter Umständen nachtheilig wirkt und ein directes Verbot, welches zum Einschreiten die Befugniß giebt, nicht existirt. Dennoch ist hier die Analogie nicht anwendbar. Ihre Anwendung beruht auf der innern Consequenz des Rechts im Ganzen. Deshalb dürfen Ausnahmen von allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht zur Entscheidung nach Analogie benutzt werden. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber steht dem Eigenthümer eines Grundstückes die unbeschränkte Verfügungsfreiheit darüber zu. Eine Ausnahme von dieser Regel ist es, daß erledigte Höfe nicht eingezogen werden dürfen.

Cfr. Savigny System §. 46.

Weder durch extensive Auslegung noch durch Analogie ist also aus dem Verbote der Einziehung erledigter Meierhöfe ein allgemeines Verbot der Vereinigung abzuleiten. Vielmehr ist die Vereinigung nur unter Umständen, sofern sie nämlich die

Digitized by Google

thatsächliche Folge der Einziehung eines erledigten Hofes ist, unzulässig.

4.

Selbst wenn ich aber zugeben wollte, daß auf die eine oder andere Weise aus dem Verbote der Einziehung ein Verbot der Vereinigung zu begründen sei, so würde doch ein solches Verbot kein allgemein polizeiliches sein. Ich habe bereits erwähnt, daß unsere Quellen einen landespolizeilichen, keinen bloß meierrechtlichen Character haben. Sofern sie Wiederbebauung der wüsten Höfe vorschreiben, sind sie gewiß auf alle, auch die freien Höfe zu beziehen. Wenigstens scheint der Annahme nichts im Wege zu stehen, daß die Befreiung von der Contribution und anderen Lasten, welche mehrfach zugesichert wird, auch den freien Bauern als Belohnung für den Wiederanbau des verwüsteten Landes habe zu Theil werden sollen. Sofern aber Wiederbesetzung geboten wird, ist dies der Natur der Sache nach auf die dem Meierrechte unterworfene Höfe zu beschränken. Nicht auf die Wiederbebauung sondern auf die Wiederbesetzung mit einem eignen Reihemanne muß aber die Begründung des Verbots gestützt werden. Sollte dasselbe daher, dem Vorstehenden zum Trotz, überhaupt aufrecht zu erhalten sein, so würden dadurch doch die von Alters her freien Lüneburg'schen Höfe, bei denen weder eine Einziehung noch eine Wiederbesetzung vorkommen kann, auf keinen Fall getroffen werden. Deren Zahl ist nun freilich verhältnißmäßig gering. Bedeutend dagegen ist schon jetzt die Zahl der durch Ablösung gutsherrenfrei gewordene Höfe. Dieselben werden voraussichtlich immer zahlreicher werden, die gutspflichtigen Höfe dagegen mit der Zeit ganz verschwinden. Die durch Ablösung frei gewordenen Höfe sind aber bezüglich der Dispositionsbefugniß darüber, nach §. 33 der Königlichen Verordnung vom 10. November 1831 und §. 1 der Königlichen Verordnung vom 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der durch Ablösung frei gewordenen Güter, den freien Höfen derselben Gegend gleich zu stellen. Die Dispositionsbefugniß über eine Sache begreift hauptsächlich die Befugniß zur freien Veräußerung derselben. Aber auch in den die Theilung oder die Vereinigung mit anderen Grundbesitzungen zur An-

Digitized by Google

schauung bringenden Handlungen liegt eine Disposition über den Hof. Also auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Vereinigung sind durch Ablösung frei gewordene Lüneburg'sche Höfe wie die von Alters her freien zu beurtheilen; sie werden mithin durch jenes Verbot ebenfalls nicht getroffen.

Das Verbot der Vereinigung von Höfen ist also, soweit es überhaupt gesetzlich begründet ist, nur ein meierrechtliches. Es muß Mangels eines Objects ganz aufhören, sobald einmal alle Grundlasten abgelöst sein werden.

5.

Die vorgetragene Ansicht wird unterstützt durch die Calenberger Meierordnung, deren Bestimmungen als analoge hier in Betracht gezogen werden mögen. Die Meierordnung enthält ein klares Verbot der Vereinigung von Meierhöfen im Cap. 4 §. 6, wo es heißt:

„Ein jeder Meierhof muß mit einem besonderen Reihemanne besetzt sein und es ist keineswegs erlaubt, zwei oder mehrere derselben dergestalt zu vereinigen, daß dadurch die Zahl der Haushaltungen vermindert würde."

Hier wird das Wort „vereinigen" gebraucht. Die Bestimmung ist also eine völlig unzweideutige. Daneben schreibt die Meierordnung in ähnlicher Weise wie die Lüneburg'sche Gesetzgebung auch die Wiederbesetzung der wüsten Höfe vor.

Cfr. Cap. 4, §. 7.

Eine Andeutung darüber, daß beide Bestimmungen in einem materiellen Zusamenhange stehen, fehlt. Der Gesetzgeber scheint also zwei wesentlich verschiedene Vorschriften haben erlassen zu wollen und keineswegs der Meinung gewesen zu sein, daß aus dem Gebote der Wiederbesetzung der wüsten Meierhöfe die Unzulässigkeit der Vereinigung von selbst folge.

Ich habe ferner des Entwurfs der Lüneburg'schen Meierordnung zu gedenken, welcher zwar keine Gesetzeskraft erlangt hat, aber doch einigen Aufschluß über die bezüglich unserer Frage im Anfange dieses Jahrhunderts herrschenden Ansichten gewährt.

Eine so klare und bestimmte Vorschrift über die Unzulässig

Digitized by Google

keit der Vereinigung, wie die Calenberger Meierordnung sie enthält, finden wir im Entwurfe nicht. Schon dieser Umstand spricht dafür, daß ein allgemeines Verbot des fraglichen Inhalts damals nicht als in Uebung bestehend angesehen wurde. Der Entwurf würde es sonst gewiß in unzweideutiger Weise bestätigt haben.

Gleichwohl enthält der Entwurf mehrere beschränkende Bestimmungen.

Im Cap. 9, §. 11 z. B. schreibt er vor, daß die Gutsherrschaft ein ganzes Meiergut so wenig als einzelne Theile desselben einziehen dürfe, vielmehr den erledigten Hof wieder austhun müsse.

Cfr. Cap. 2, §. 7 und 8.

Im §. 8 findet sich der bemerkenswerthe Passus, daß die Einziehung eines Meierhofes oder eines Theils desselben als eine allgemeine Landespolizeiangelegenheit angesehen werden solle.

Von wüsten Höfen ist an den betreffenden Stellen des Entwurf keine Rede mehr. Dies müßte auffallen, wenn „wüst" der technische Ausdruck für wirthlos wäre. So bestätigt sich die Richtigkeit der Auffassung, daß mit den wüsten Höfen der ältern Gesetzgebung lediglich die im 30jährigen Kriege verwüsteten gemeint sind.

Die angezogenen Bestimmungen enthalten augenscheinlich noch kein allgemeines Verbot der Vereinigung. Denn sie beziehen sich nur auf die Einziehung Seitens des Gutsherrn im Falle der Abmeierung oder des Aussterbens der Meierfamilie. Die Fälle, wo eine Vereinigung in Folge Kaufs, einer Heirath oder durch Erbgang erfolgt, fallen also nicht unter jene Bestimmungen.

Eine weiter gehende Vorschrift findet sich in den vom landschaftlichen Collegium beschlossenen Zusätzen, zu Cap. 13, §. 9.

Hier wird gesagt, es müsse ausgesprochen werden, daß auch nach Aufhebung der Meierverbindung jeder Hof von andern getrennt zu bewirthschaften sei. Diese Vorschrift paßt auf alle Fälle, in welchen jemand Eigenthümer, bezw. Besitzer mehrerer Höfe geworden ist. Ob sie im Wege extensiver Auslegung auch auf die Vereinigung eines Hofes mit einem Rittergute anzuwenden sein würde, mag dahin gestellt bleiben.

Digitized by Google

Der Inhalt des Entwurfs und seiner Zusätze wird, im Zusammenhange betrachtet, allerdings zu der Ueberzeugung führen, daß die Verfasser die Vereinigung von Höfen haben verbieten wollen. Dieses Verbot hat aber sicherlich neue Normen schaffen, nicht etwa bestehendes Recht nur befestigen sollen. Der Entwurf der Meierordnung ist übrigens, was beklagt werden mag, nicht zum Gesetze geworden.

Es ist endlich noch kurz zu erörtern, ob nicht in Ermangelung einer anwendbaren gesetzlichen Bestimmung das Verbot der Vereinigung vielleicht auf andere Weise zu begründen sein möchte.

Hinsichtlich der freien Höfe liegt eine solche Möglichkeit freilich nicht vor. Was dagegen die dem Meierrechte unterworfenen Höfe betrifft, so könnte man meinen, daß auch ohne specielle gesetzliche Anhaltspunkte das fragliche Verbot aus den allgemeinen Grundsätzen des Meierrechts von selbst hervorgehe. Dies scheint auch die Ansicht Pfeiffer's zu sein, welcher in seinem Deutschen Meierrechte, §§. 16 und 19, lehrt, daß die Erhaltung des Meierguts in seinem Bestande der schon in dem Begriffe des Meierguts enthaltene Hauptzweck des ganzen Meierverhältnisses sei, und daß daraus die Untheilbarkeit des Meiergutes, die Unzertrennlichkeit aller Zubehörungen desselben und die Unzulässigkeit der Vereinigung mehrerer Meiergüter mit Nothwendigkeit folge.

In der That sind nun, diesem angeblichen meierrechtlichen Grundsatze entsprechend, in den meisten Ländern wo Meierrecht gilt, Verbote der Vereinigung erlassen, z. B. in Calenberg, Hoya, Hildesheim, Wolfenbüttel. Die Annahme jedoch, daß das Verbot eine so nothwendige Consequenz des Meierverhältnisses sei, daß es auch in denjenigen Provinzen, für welche eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung fehlt, als bestehend anzusehen sei, ist denn doch eine im höchsten Grade gewagte. Das Meierrecht hat keine einheitliche Gestaltung gewonnen, vielmehr in den verschiedenen Theilen des Gebiets seiner Anwendung, Niedersachsens und Westfalens, verschieden sich entwickelt. Das kann auch nicht auffallen. Das bäuerliche Recht hat seine Wurzel in der Sitte. Die Verschiedenheiten der Sitte, des

Digitized by Google

lokalen und provinziellen Herkommens, des Inhalts der gutsherrlichen Berechtigungen haben auch Verschiedenheiten der sich bildenden Rechtssätze erzeugen müssen. Nur insofern alle auf ein einzelnes meierrechtliches Institut sich beziehende Rechtsquellen übereinstimmen, kann man vom Standpunkte der heutigen Rechtswissenschaft aus, welche die thatsächlichen Rechtszustände zu juristischen Begriffen zu formuliren sucht, von einem allgemeinen Rechtsprincipe, auf welches die einzelnen Rechtssätze zurückzuführen sind, sprechen.

Bei der Construirung solcher Rechtsprincipien ist aber mit großer Vorsicht zu verfahren; namentlich wird es in den meisten Fällen bedenklich sein, daraus allein ohne weitere Anhalspunkte Eigenthümlichkeiten eines Rechtsinstituts oder zweifelhafte Rechtssätze erklären zu wollen. Wie sich das Recht der Erbfolge in Meiergüter, das Recht der Abfindungen u. s. w. nicht überall gleichmäßig entwickelt hat, so muß eben auch hinsichtlich der Vereinigung von Höfen eine Verschiedenheit des geltenden Rechts wohl zugegeben werden.

Nur dann würde man das Gegentheil annehmen dürfen, wenn die Ueberzeugung, daß die Vereinigung von Höfen in Folge der Consequenzen des Meierverhältnisses unstatthaft sei, bis zu einem allgemeinen resp. provinziellen und lokalen Gewohnheitsrechte sich gekräftigt hätte. Daß ein Gewohnheitsrecht dieser Art für das Fürstenthum Lüneburg besteht, ist nicht notorisch. Es würde im einzelnen Falle erwiesen werden müssen. Der Beweis aber dürfte schwer zu erbringen sein. Die Praxis der Verwaltungsbehörden ist nicht geeignet ein Gewohnheitsrecht zu begründen. Die Praxis der Gerichte würde zwar auch ein Gewohnheitsrecht nicht schaffen können, aber doch ein Erkenntnißmittel für das Vorhandensein desselben sein. Es ist mir nicht bekannt, ob eine derartige Praxis sich gebildet hat. Ich muß es aber bezweifeln, weil die Frage, ob die Vereinigung von Höfen unzulässig sei oder nicht, kaum jemals zur Cognition eines Gerichts gekommen sein wird.

6.

Zum Schlusse fasse ich die Ergebnisse meiner Untersuchung in folgende Sätze zusammen:

Digitized by Google

1) Es besteht ein gesetzliches Verbot der Einziehung erledigter gutspflichtiger Höfe Seitens des Gutsherrn.

2) Es besteht ein gesetzliches Verbot der Einziehung und des Liegenlassens wüster in dem Sinne verfallener Höfe Seitens des Gutsherrn.

3) Die Vereinigung gutspflichtiger Höfe, dieselben mögen wüste sein oder nicht, mit dem Gute des Gutsherrn ist, weil darin eine unbefugte Einziehung zu finden ist, unstatthaft.

4) Ein allgemeines polizeiliches Verbot der Vereinigung von Bauerhöfen mit einander oder mit Rittergütern ist für das Fürstenthum Lüneburg weder gesetzlich noch gewohnheitsrechtlich begründet. Es können daher, abgesehen von dem sub. Nr. 3 erwähnten Falle, Bauerhöfe sowohl miteinander als mit Rittergütern frei vereinigt werden, ohne daß es dazu der regiminellen Erlaubniß bedarf.

Eine Untersuchung über die Nützlichkeit oder Schädlichkeit der freien Vereinigung von Bauergütern würde über den Zweck dieser Arbeit hinaus gehen. Es mag jedoch, wie oben bereits erwähnt, unbedenklich zugegeben werden, daß die übermäßige Anhäufung des Grundbesitzes zu einzelnen wenigen Complexen das Wohl der Staaten gefährdet. Die in anderen Ländern gemachten Erfahrungen bestätigen dies. Es mag daher zweckmäßig sein, die Vereinigung von Höfen im Allgemeinen zu untersagen, oder wenigstens die Zulässigkeit derselben an gewisse Bedingungen zu knüpfen. Erwägungen dieser Art können aber an dem Inhalte und Sinne der bestehenden Gesetze nichts ändern; sie berechtigen nur zu dem Wunsche, daß die geeigneten Bestimmungen, um den aus der freien Vereinigung zu besorgenden Nachtheilen vorzubeugen, erlassen werden mögen. Hoffentlich wird das in Aussicht gestellte Höfegesetz diesen Wunsch erfüllen und neben der sonstigen Regelung der bäuerlichen Verhältnisse auch den bezüglich der Vereinigung von Höfen im Fürstenthum Lüneburg jetzt bestehenden unsichern Rechtszustand durch klare, keiner Mißdeutung fähige Bestimmungen ersetzen.

Digitized by Google

3. Ueber die rechtliche Natur der Mahljahre, ihre gesetzliche Dauer und die Wirkungen ihres Ablaufs nach heutigem Osnabrückischen Provinzialrecht.

Vom Herrn Auditor Kellinghausen in Osnabrück.

§. 1. Einleitung.

Die zu Westerwiede, Kirchspiels Laer belegene Holkenbrinks-Stätte ist eine vormals eigenbehörige, im Jahre 1835 aus dem Eigenthums-Verbande abgelöste. Der Colon Holkenbrink, Wehrfester dieser Stätte, zeugte in erster Ehe ein Kind, Anna Maria Holkenbrink, später verehelichte Sandfort, und nach dem Tode seiner ersten Ehefrau in zweiter Ehe mit einer geborenen Schulte im Hof zwei Kinder, den jetzigen Colonen Holkenbrink und die jetzt verehelichte Colona Glied.

Ueber Mahljahre des Colonen Holkenbrink und seiner zweiten Ehefrau ist überall nichts verabredet.

Nachdem das Kind erster Ehe, die verehelichte Sandfort, sowie der Sohn zweiter Ehe, an welch' letzteren erstere im Jahre 1835 ihr Anerbrecht auf die Holkenbrinks-Stätte abgetreten hatte, längst 30 Jahre alt geworden, empfing nach dem Tode ihres Ehemannes die Wittwe Holkenbrink im Jahre 1846, während sie noch im Besitze der Holkenbrinks-Stätte war, was sie bis zu ihrem Tode geblieben, ein Darlehn von 150 ℛ vom Kaufmann Richard zu Laer und verwandte dasselbe zur Abfindung der Tochter zweiter Ehe, verehelichten Colona Glied.

Der Erbe des Darleihers forderte im Wege des Processes von dem jetzigen Colonen Holkenbrink, dem vorerwähnten Sohne zweiter Ehe, nachdem die Wittwe Holkenbrink verstorben, Rückzahlung des Darlehns.

Dieser weigerte solche.

Das Amtsgericht Iburg als Proceßgericht entschied am 30. November 1863,

„da das Darlehn nach Ablauf ihrer Mahljahre von der Wittwe Holkenbrink contrahirt sei, so liege für den Beklagten als Stättennachfolger keine Verpflichtung vor, wohl aber als Intestaterben seiner Mutter und zwar zur Hälfte mit seinem Geschwister, der verehelichten Colon Glied."

Digitized by Google

Der kleine Senat des Königlichen Obergerichts zu Osnabrück entschied am 2. April 1864 in der Berufungsinstanz,

„die im Cap. VIII §§. 8, 9 der Eigenthumsordnung vorgesehene Haftung des Stättennachfolgers als solchen für Schulden, welche der Mahljahrswirth contrahirt, sei eingetreten, da, obgleich die fragliche Schuld nach dem vollendeten 25. oder 30. Lebensjahre des Anerben von der als solche von den Parteien anerkannten Mahljahrswirthin contrahirt sei, die letztere doch durch den Eintritt der Volljährigkeit oder mit dem vollendeten 30. Lebensjahre des Anerben nicht aufgehört habe, Mahljahrswirthin zu sein, von einer Beerbung der weiland Colona Holkenbrink nach gemeinem Recht ab intestato könne aber keine Rede sein."

Der vorerwähnte Rechtsfall giebt unter anderen zur Prüfung der Frage die Veranlassung:

Wann endigen auf vormals eigenbehörigen Osnabrückischen Stätten in Ermangelung einer obrigkeitlichen Bestimmung die Mahljahre, und welches sind die Wirkungen des Ablaufs der Mahljahre?

Die Wichtigkeit der aufgeworfenen Frage für den vorerwähnten Rechtsstreit dürfte einleuchten. Das von der Wittwe Holkenbrink contrahirte Darlehn war zum Nutzen der Holkenbrinks-Stätte, zur Abfindung der abfindungsberechtigten Tochter, verehelichten Glied, verwendet worden.

Nach Cap. VIII §. 9 der Eigenthumsordnung — codex constitutionum Osnabrugensium II. Seite 249 — und namentlich der Verordnung vom 1. October 1789 — Cod. Const. Osnabr. II. S. 648 —

ist der Anerbe die Schulden, welche die Mahljahrswirthe contrahiren, zu bezahlen nicht schuldig, es sei denn, daß sie zum Nutzen der Stätte contrahirt worden.

War aber zur Zeit des contrahirten Darlehns die Wittwe Holkenbrink nicht mehr Mahljahrswirthin, weil die Mahljahre abgelaufen, so konnte sie trotz der Verwendung des Darlehns den Anerben zunächst nicht verpflichten und sie mußte, rechtlich als Leibzüchterin angesehen, in Gemäßheit des Cap. VII §. 17 der Eigenth.-Ordn. das Darlehn selbst zurückzahlen.

Digitized by Google

Die aufgeworfene Frage dürfte aber auch ein allgemeineres Interesse haben.

Die Eigenthums-Ordnung sieht unverkennbar den Gutsherrn als den Eigenthümer der Stätte an. Vergl. z. B. Eigenth.-Ordn. Cap. V §. 1, 3; Cap. XV §. 11. Grefe, Hannovers Recht 1860 I. §. 116.

Daher concurrirte dieser bei allen wichtigen die Stätte betreffenden Handlungen: Auslobungen, Wahl des Anerben, Einräumung der Leibzucht, und auch bei der Wiederverheirathung eines Wehrfesters. Bei der letzteren mußte die auf die Stätte kommende fremde Person sich dem Gutsherrn eigen geben und ihm den Weinkauf bezahlen. Daneben setzte er, wenn Kinder aus der vorhergehenden Ehe vorhanden waren, dem wiederheirathenden Colonen und seinem neuen Ehegatten bestimmte Jahre (Mahljahre), während welcher beide Ehegatten die Stätte noch nutzen dürfen. Eigenth.-Ordn. Cap. IV §. 22.

Daher dürfte wohl kaum eine Wiederverheirathung eines eigenbehörigen Colonen vorgekommen sein, ohne daß nicht, falls Kinder aus der vorhergehenden Ehe vorhanden waren, die gutsherrliche Bestimmung der Mahljahre stattgefunden hätte.

Da der Gutsherr einmal das Recht hatte, dem Nutzungsrechte der Colonen einen Endtermin zu setzen, so mußte mit dessen Eintritt das letztere ipso jure aufhören. Es muß angenommen werden, daß zur Zeit sämmtliche vormals eigenbehörige Höfe in Folge des §. 134 der Ablösungs-Ordnung vom 23. Juli 1833 dem Eigenthume des Gutsherrn entzogen und ins Eigenthum des Colonen übergegangen sind.

Juristische Zeitung für das Königreich Hannover, Jahrgang 1842, Heft 1, Seite 122 ff.

Der gutsherrliche Verband ist demnach aufgehoben.

An die Stelle der Gutsherrschaft sind im öffentlichen Interesse und in modificirter Maße die untern Verwaltungsbehörden getreten;

— §. 3. der Verordnung vom 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der frei gewordenen Güter —

indem ihnen bei einigen der im §. 2 eodem bezeichneten Verhandlungen ein Recht der Einwirkung gegeben ist. §. 3 S. 2 ibidem.

Digitized by Google

Theorie und Praxis interpretiren diese Bestimmung so, daß sie auch auf die Bestimmung der Mahljahre Anwendung leidet.

Aber es bezeugt auch die Erfahrung, daß den Obrigkeiten von diesem Einwirkungsrechte rücksichtlich der Mahljahre oft keine Gelegenheit gegeben wird, indem bei der Wiederverheirathung eines Colonen darüber überall keine Verhandlungen gepflogen werden.

Dies tritt namentlich dann ein, wenn der Vater des Anerben der wiederheirathende Theil ist. In diesem Falle concurrirt die Obervormundschaft nicht, die im Falle, da die Mutter des Anerben wieder heirathete, im Interesse des letzteren eine Bestimmung der Mahljahre zu veranlassen haben würde.

Dann entsteht die oben angedeutete Frage.

§. 2. Natur der Mahljahre im Allgemeinen.

Die auf die Mahljahre sich beziehenden Bestimmungen der Osnabrück'schen Eigenthums-Ordnung vom 25. April 1722 — cod. const. Osnabr. II. S. 232 — lauten folgendermaßen:

Eigenth.-Ordn. Cap. IV §. 22. „Wann ein leibeigener Ehegatte auf dem Erbe oder Kotten durch den Tod abgegangen, ist dem überbliebenen vergönnet, mit Einwilligung des Gutsherrn wieder darauf zu heirathen, jedoch muß die Person, welche durch solche Heirath auf die Stätte kömmt, sich eigen geben und den Weinkauf bezahlen. Sind aber Kinder aus voriger Ehe vorhanden, so soll die Bewohnung des Erben auf gewisse von dem Gutsherrn zu determinirende Jahre gesetzt und gedachter Person, solche Zeit über das Erbe oder Stätte zu bewohnen verstattet werden; jedoch kann solche Zeit und Jahre von dem Gutsherrn nicht weiter, als bis zur Majorennität des Anerben oder aufs längste bis derselbe 30 Jahre alt, falls er sonst nicht vor untüchtig gehalten wird und daher nicht zuzulassen ist, ausgesetzet werden."

§. 23 ibidem. „Sobald der Anerbe majorennis ist, oder 30 Jahre erreichet hat, oder auch die vom Gutsherrn determinirte Jahre verflossen, so ziehen die Alten auf die Leibzucht..."

Eigenth.-Ordn. Cap. V §. 5. „Insgemein aber ist bei Auftrachten hergebracht, daß die Erben denen Colonis auf 105 Jahre eingethan werden. Wann aber Kinder vorhanden oder ein anderes verglichen, so hat es damit eine andere Bewandtniß,

Digitized by Google

dann da werden zu Zeiten einige Erben auf sichere Mahljahre .... beweinkaufet; ist solche verflossen, so ziehen die Personen, wann sie dem Gutherrn und Publico die allerseits schuldige Gebühren prästiret, in den Kotten oder die Leibzucht . ."

Eigenth.-Ordn. Cap. VII §. 7 verb.: „obgleich er oder sie auf gewisse Jahre das rechte Erbe oder Stätte bewohnet."

Die oben aufgestellte Frage schließt die Annahme in sich, daß auch ohne ausdrückliche Bestimmung die Mahljahre gesetzlich zu laufen beginnen.

Diese Annahme dürfte als unbestritten anzusehen sein.

So erkannte auch am 21. Februar 1840 die vormalige Justiz-Canzlei zu Osnabrück in appellatorio in Sachen Döttker ca. Döttker und das Oberappellationsgericht zu Celle in dritter Instanz am 7. Juni 1841.

Das erstgenannte Gericht sprach aus, daß als mahljähriger Colon jeder Wehrfester zu betrachten sei, der, wenn aus einer früheren Ehe Kinder vorhanden sind, auf dem Colonate sich wieder verheirathet. Vergl. auch Struckmann, practische Beiträge zur Kenntniß des Osnabrückischen Eigenthumsrechts, Beitrag 19, Seite 113. (1835.)

Die Mahljahre des Osnabrückischen Provinzialrechts sind von der s. g. Interimswirthschaft des s. g. gemeinen deutschen Privatrechts wesentlich verschieden.

Die letztere setzt den Wegfall des Colonen voraus. Gerber, deutsches Privatrecht §. 141. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 366.

Die ersteren finden in der Wiederverheirathung eines der Colonen beim Vorhandensein von Kindern aus der vorhergehenden Ehe ihre Veranlassung.

Bei der Interimswirthschaft ist das Bauerngut dem Anerben bereits angefallen,

dagegen setzen die Mahljahre gerade voraus, daß die Stätte noch nicht eröffnet ist, sondern noch ein Colon oder eine Colona auf der Stätte vorhanden sind. Struckmann, Beitrag I. S. 26. (1820) (Jurist. Zeitg. Ergänzungsheft Nr. 2.)

Beide Rechtsinstitute stimmen aber darin überein, daß sie im Interesse des Anerben gegeben sind.

Digitized by Google

Es liegt im Interesse des Anerben, daß der Hof gut bewirthschaftet wird, daher die Interimswirthschaft.

Auf eigenbehörigen Stätten leben die Ehegatten als Colonen in Gütergemeinschaft.

Die Eigenthums-Ordnung geht von der Regel aus, alles Vermögen des Eigenbehörigen gehöre dem Gutsherrn. Eigenth.-Ordn. Cap. VI §. 6; XI §. 1; XII §. 3; XV §. 4.

Hiernach lag kein Interesse vor, eine Geschiedenheit zwischen dem Vermögen der eigenbehörigen Ehegatten anzunehmen, da keiner von ihnen eben ein solches hatte.

Aus dieser Anschauung erklärt sich auch die Theilung des beweglichen Besitzes der eigenbehörigen Colonen zwischen dem Gutsherrn und dem überlebenden Ehegatten, bei welcher eine vor der Auflösung der Ehe durch den Tod bestandene Gemeinschaft vorausgesetzt wird, indem die Mobilien, so wie sie da sind, getheilt werden und es heißt, die andere Hälfte verbleibe dem übergebliebenen Ehegatten. Eigenth.-Ordn. Cap. VI §. 3.

Der wiederheirathende Colon würde nun wegen der ehelichen Gütergemeinschaft sein Colonatrecht mit seinem neuen Ehegatten gemeinschaftlich machen. Dadurch würde den Kindern erster Ehe die Aussicht, je von ihren Eltern etwas zu erwerben, sehr erschwert werden, indem beim Tode des parens binubus der überlebende Ehegatte Alleineigenthümer des ehelichen Vermögens sein würde.

Eine solche Erwägung führte bei der s. g. städtischen allgemeinen Gütergemeinschaft das Rechtsinstitut der Schichtung herbei, sie könnte für unsere Zeit das Institut der Mahljahre für den auf die Stätte heirathenden Colonen rechtfertigen. Für den wieder heirathenden ursprünglichen Colonen enthält jetzt das Institut der Mahljahre unverkennbar eine große Härte.

Nach dem Rechte der Eigenthums-Ordnung wurde ferner der auf die Stätte heirathende Ehegatte mit bewehrfestet und erlangte dadurch ein eigenes Recht am Colonate. Eigenth.-Ordn. Cap. V §. 1.; VI §. 7.

Um nun den Antritt der Stätte für den Anerben nicht zu weit hinaus zu schieben, bestimmte der Gutsherr den beiden neuen Ehegatten die Mahljahre. Struckmann, Beitrag I S. 25.; II S. 35. 38. (1826.); VIII S. 26. (1829.)

Digitized by Google

Das Colonatrecht der Eigenthums-Ordnung ist in seinem Wesen ein dingliches Nutzungsrecht. Grefe, Hannovers Recht I §. 116 pr.

Der Gutsherr war, wie schon oben erwähnt, Eigenthümer des Gutes.

Zu einer Veränderung in dem Wesen des Colonatrechts wegen der Wiederverheirathung des überlebenden Colonen lag keine Veranlassung vor und eine solche Veränderung ist auch rechtlich kaum denkbar, da nicht abzusehen ist, worin sie bestehen könnte. Hätte die Eigenthums-Ordnung eine Rechtsänderung als Folge der Mahljahre statuiren wollen, so würde sie das sicher bemerkt haben. Sie hat es aber mit keinem Worte gethan.

Die Mahljahrswirthe setzten demnach das frühere Colonatrecht fort, freilich beschränkt durch die Rechte der Kinder der früheren Ehe rücksichtlich der Dauer ihres Rechts und der Disposition über die Stätte, namentlich der Belastung derselben mit Schulden.

Es fragt sich weiter, ob in dieser Beziehung die Ablösungsgesetze, namentlich auch die Verordnung vom 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der freigewordenen Höfe, eine Aenderung hervorgebracht haben.

Das Nutzungsrecht der Colonen ist, wie schon erwähnt, in ein Eigenthumsrecht verwandelt worden. Sollte die Wiederverheirathung eines Colonen jetzt eine stärkere Wirkung haben, als zu der Zeit, wo er nur ein Nutzungsrecht hatte, und nunmehr eine Rechtsänderung hervorrufen? Ohne besondere Gründe darf dies nicht angenommen werden.

Dem gemeinen Rechte ist freilich die gesetzliche Verwandlung eines Eigenthumsrechts in ein Nießbrauchsrecht nicht unbekannt. Sie tritt ein als Folge der Wiederverheirathung. Der parens binubus verliert zu Gunsten der Kinder aus der vorhergehenden Ehe sein Eigenthumsrecht an den lucris nuptialibus, welches sich in ein Nießbrauchsrecht verwandelt.

Entscheidend für die Annahme der Fortdauer des Eigenthumsrechts auf Seite der Mahljahrs-Wirthe dürften aber folgende Erwägungen sein:

Verlöre der parens binubus mit der Wiederverheirathung

Digitized by Google

sein Eigenthumsrecht, so müßte man fragen, wem es dann zufalle. Die Antwort könnte nur sein: dem Anerben.

Die Eigenthums-Ordnung sagt aber im Cap. IV §. 1, die Stätte werde dem Anerben eröffnet durch Abtretung der Stätte und Annehmung der Leibzucht; letzteres geschieht aber nach Eigenth.-Ordn. Cap. IV §. 23. nach Ablauf der Mahljahre.

Wann ferner während der Mahljahre der Anerbe und seine Geschwister sterben ohne Hinterlassung von Descendenz, so wird jeder die mahljährigen Colonen, selbst wenn keiner von ihnen mit den Kindern erster Ehe verwandt wäre, ohne Weiteres als Eigenthümer ansehen. Struckmann, Beitrag II S. 53. Beitr. VIII.

Diesem nach und da für eine Rechtsänderung in den Gesetzen kein Grund vorliegt, sind die Mahljahrswirthe als Eigenthümer der Stätte anzusehen.

§. 3. Gesetzliche Dauer der Mahljahre.

Nach diesen Bemerkungen könnte man geneigt sein, den §. 23 Cap. IV als bestimmend für die gesetzliche Dauer der Mahljahre anzusehen.

Der §. 23 cit. lautet quoad passum concernentem:

„Sobald der Anerbe majorennis ist oder 30 Jahre erreichet hat, oder auch die vom Gutsherrn determinirte Jahre verflossen, so ziehen die Alten auf die Leibzucht . . . ."

Man könnte nun sagen, die hier behandelte Frage sei hier entschieden, indem neben determinirten Mahljahren andere vorkommen und da das 25. oder 30. Lebensjahr des Anerben der entscheidende Zeitpunkt sei, so sei nach der eben entwickelten Natur des mahljährigen Colonatrechts der Ablauf des 30. Lebensjahres des Anerben der entscheidende Zeitpunkt. Allein diese Annahme ist unzulässig, weil sie einen Widerspruch zwischen §. 23 und §. 22 des Cap. IV der Eigenthums-Ordnung statuiren würde, und man nicht annehmen kann, daß der Gesetzgeber in zwei auf einander folgenden Paragraphen etwas sich Widersprechendes verordnet habe.

Denn im §. 22 cit. heißt es ausdrücklich,

„die Bewohnung des Erbe soll auf gewisse von dem Gutsherrn zu determinirende Jahre gesetzt werden."

Die Eigenthums-Ordnung kennt überhaupt keine andere

Digitized by Google

als vom Gutsherrn determinirte Mahljahre. Dies folgt, wie oben erörtert ist, aus der ganzen rechtlichen Stellung des Gutsherrn zu seinen Eigenbehörigen und dem Colonate.

Auch v. Vinke in den unmaßgeblichen Gedanken über das Osnabrückische Eigenthumsrecht, deren Stellung zur Eigenthums-Ordnung bekannt ist, sagt im Entwurfe des §. 22:

„So aber Kinder aus voriger Ehe vorhanden, soll die Bewohnung des Erbes auf gewisse Jahre, welche der Gutsherr zu determiniren, angesetzet werden"

und in den lateinischen Motiven dazu:

„si liberi prioris matrimonii exstant praedium ipsis ad certum tempus a domino determinandum conceditur."

Hiernach kann der §. 23 cit. als entscheidend nicht angesehen werden.

Auch Struckmann Beitrag II. Seite 41 nimmt an, auch der citirte §. 23 rede von determinirten Mahljahren und habe die Fälle im Auge, daß Mahljahre entweder allgemein bis zur Großjährigkeit des Anerben oder seinem vollendeten 30. Lebensjahre oder auf eine in Zahlen ausgedrückte Reihe von Jahren festgesetzt seien.

Man wird auch sagen können, der §. 23 rede davon, daß der Gutsherr die Mahljahre ausnahmsweise auf längere Zeit als das 25. Lebensjahr des Anerben oder auf kürzere Zeit als dessen 30. oder 25. Lebensjahr bestimmt habe.

Hierdurch würde der scheinbare Widerspruch zwischen den beiden Gesetzesstellen entfernt sein.

Von der Dauer der Mahljahre spricht ferner nur noch Eigenth.-Ordn. Cap. IV, §. 22, und ist die Relevanz dieser Stelle für die vorliegende Frage zu prüfen.

Das Gesetz sagt: „Solche Zeit und Jahre (d. i. Mahljahre) kann von dem Gutsherrn nicht weiter als bis zur Majorennität des Anerben oder aufs Längste bis derselbe 30 Jahre alt .... ausgesetzet werden."

Die Tendenz dieser Bestimmung wie des ganzen Instituts der Mahljahre ist Schutz des Anerben. Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist der entfernteste Zeitpunkt, bis zu welchem die Mahljahre erstreckt werden können, das vollendete 30. Lebensjahr des Anerben. Es folgt daraus, daß das Gesetz einen frü-

Digitized by Google

heren Zeitpunkt als die Regel voraussetzt. Dieser Zeitpunkt muß der Ablauf des 25. Lebensjahres des Anerben sein.

Dem entsprechend ist auch die Wortfassung im §. 23 cit.

Wenn hiernach das Gesetz dem Gutsherrn vorschreibt, die Mahljahre nicht weiter zu erstrecken, als regelmäßig bis zur Großjährigkeit des Anerben, eventuell bis zum Ablaufe des 30. Lebensjahres desselben, so muß angenommen werden, daß zur Zeit bei obrigkeitlich nicht bestimmten Mahljahren die Regel eintritt, daß der Ablauf des 25. Lebensjahres des Anerben der entscheidende Zeitpunkt ist und die weitergehende Befugniß des Gutsherrn, da von ihr kein Gebrauch gemacht ist, nicht von Einfluß ist.

Diesem entsprechend ist auch die Praxis.

Dem gewonnenen Resultate ist die auch dem beschränkten Eigenthumsrechte der Mahljahrswirthe am Hofe innewohnende Dauer nicht entgegen, da das Rechtsinstitut der Mahljahre das Interesse des Anerben schützen soll.

Auch die Ausführungen Struckmann's in Beitrag II S. 50 (1826) berühren dieses Resultat nicht. Er behauptet, es sei der Satz unrichtig, daß der Gutsherr nur aus dringenden Ursachen die Mahljahre bis zum 30. Lebensjahre des Anerben bestimmen könne. Das mag zugegeben und durch die Rücksicht auf das Eigenthumsrecht des Gutsherrn am Gute noch bestätigt werden, es wird aber dadurch die Annahme, daß die Eigenthums-Ordnung das 25. Lebensjahr des Anerben als den regelmäßigen Endtermin der Mahljahre ansieht, nicht erschüttert.

Auch die in der juristischen Zeitung Jahrgang 1839 Abtheilung III S. 43 mitgetheilten Entscheidungen äußern eine direct entgegenstehende Ansicht nicht.

§. 4. Von den Wirkungen des Ablaufs der Mahljahre.

Nunmehr fragt sich: welche Wirkungen hat der Ablauf der Mahljahre? wird mit dem Ablaufe der Mahljahre der Anerbe kraft Gesetzes Eigenthümer der Stätte und des Stättevermögens oder bedarf es dazu noch eines Rechtsgeschäftes zwischen ihm und den Mahljahrswirthen? Ausgemacht ist,

Digitized by Google

daß die letzteren mit dem Ablaufe der Mahljahre die Stätte zu räumen haben. Eigenth.-Ordn. Cap. IV §. 23.

Ueberwiegende Gründe dürfen für die Bejahung der letzten und Verneinung der ersten Frage sprechen.

Dieselben sind herzunehmen aus der Natur des Anerbrechts und des Colonatrechts der Mahljahrswirthe. Das letztere ist, wie schon hervorgehoben, ein Eigenthumsrecht, wenn gleich ein bestimmt beschränktes. Daher sind die Wirkungen des Ablaufs der Mahljahre auf ein Minimum zu reduciren.

Nach dem Rechte der Eigenthums-Ordnung wurde mit dem Ablaufe der bestimmten Mahljahre das Erbe freies Eigenthum in der Hand des Gutsherrn, gegen den der Anerbe ein persönliches Recht auf Einräumung der Stätte hatte.

Ersteres folgt aus dem Eigenthumsrechte des Gutsherrn am Gute, der dem von ihm constituirten Nutzungsrechte einen Endtermin setzen mußte und konnte.

Daher sagt auch die Eigenthumsordnung Cap. IV §. 1 die Stätte werde zur neuen Besetzung eröffnet.

Auch dem Eigenthumsrechte des Gutsherrn wohnte das Streben nach Consolidation inne. — Hierdurch bestimmt und erklärt sich auch die Richtung und das Wesen des Anerbenrechts. Die Eigenthumsordnung sagt nirgens etwas von einem Rechte des Anerben den Colonen gegenüber. Sie sagt im Cap. IV §. 1:

„Wann ein eigenbehöriges Erbe oder Stätte durch den Tod des coloni, Mannes oder Weibes, oder beider, oder auch durch Abtretung derselben und Annehmung der Leibzucht zur neuen Besetzung oder sonst eröffnet wird und Söhne vorhanden sind, so kann unter selbigen der jüngste das Erbrecht vor seinen Brüdern und Schwestern prätendiren und soll auch denenselben darunter vorgezogen werden, falls er vom Gutsherrn dazu tüchtig erachtet wird."

Nach dem Schlußsatze des citirten §. 1 hat der Anerbe kein absolutes Recht auf das Colonat, die Voraussetzung ist eine vom Gutsherrn anerkannte Tüchtigkeit. Daher sagt auch das Gesetz, der jüngste Sohn könne das Erbrecht prätendiren. Erfüllte der jüngste Sohn die gesetzliche Voraussetzung,

Digitized by Google

so hatte er gegen den Gutsherrn ein Recht auf Einräumung der Stätte.

Diesem Rechte des Anerben entsprechend war auch seine Verpflichtung, sich dem Gutsherrn gegenüber darüber zu erklären, ob er die Stätte annehmen wolle, oder nicht. Eigenth.-Ordn. Cap. IV §§. 18. 19.

Von dieser Auffassung geht die Eigenthums-Ordnung aus, wenn sie in Cap. IV §. 5 von Ueberlassung des Gutes, im §. 5 ibid. von Zulassung zum Erbe spricht.

Der Gutsherr erfüllte seine persönliche Pflicht durch die s. g. Auftracht. Eigenth.-Ordn. Cap V §. 5.

Hiemit stimmen überein v. Vinke a. a. O. Cap. I. §. 3. Struckmann, Beitrag IV S. 20 Note 4. (Juristische Zeitung, Ergänzungsheft Nr. 4) XVIII S. 50. Grefe, Hannovers Recht I §. 122 i. f.

Es fragt sich nun, welchen Einfluß die Verwandlung des Nutzungsrechts der Colonen in ein Eigenthumsrecht auf das Recht des Anerben in der hier fraglichen Beziehung gehabt hat.

Für den Fall der Eröffnung der Stätte durch den Tod beider Colonen ist die Annahme unabweisbar daß diese Apertur einem gemeinrechtlichen Intestaterbfalle für den Anerben gleich zu halten ist. Einen solchen Erbfall für den Fall des Ablaufs der gesetzlichen Mahljahre zu fingiren, dürfte kein Grund vorliegen.

Dagegen liegt die Annahme nahe, daß der Anerbe seinen Anspruch nunmehr gegen die Mahljahrswirthe zu richten hat und diese in dieser Beziehung in die Stelle des Gutsherrn getreten sind, da sie ja auch des letztern Eigenthumsrecht haben.

Sie dürfte zur Gewißheit erhoben werden dadurch, daß die Verordnung vom 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der freigewordenen Höfe im §. 2 sagt, es solle in Beziehung auf die Erbfolge im Gute bis zu weiterer Verfügung nach denselben Grundsätzen verfahren und bei entstehendem Streite entschieden werden, welche während der Abhängigkeit des Gutes Gültigkeit hatten.

Die Worte „in Beziehung auf die Erbfolge im Gute" auf die Frage zu beschränken, wer Anerbe sei, dürfte unzulässig sein, da dieselben allgemein lauten und es unverkennbar die Absicht

Digitized by Google

des Gesetzes ist, das ganze frühere Recht, soweit möglich, bestehen zu lassen.

Hiernach ist jede Rechtsänderung in Beziehung auf das Recht des Anerben ausdrücklich ausgeschlossen, es sei denn, daß die Annahme einer solchen durch die Verhältnisse unabweisbar geboten wäre. Eine solche Annahme ist aber nicht nur durch nichts indicirt, sondern durch das Eigenthumsrecht der Mahljahrswirthe am Colonate ausgeschlossen.

Demnach hat jetzt der Anerbe nach dem Ablaufe der gesetzlichen Mahljahr gegen die Mahljahrswirthe einen persönlichen Anspruch auf Vornahme desjenigen Rechtsgeschäfts, welches ihn in den Besitz der Stätte und des mit ihr gesetzlich verbundenen Vermögens zu setzen vermag und vor der Vornahme dieses Rechtsgeschäfts sind die Mahljahrswirthe die rechten activen und passiven Vertreter der universitas juris, als welche das Colonat mit dem damit verbundenen Vermögen anzusehen ist.

---

4. Ueber das beneficium novorum in der Berufungs-Instanz.

Vom Herrn Obergerichtsdirector Reinecke in Hameln.

Die Bestimmungen unserer b. P.-O. über das beneficium novorum in der Berufungsinstanz haben zu vielen Controversen Veranlassung gegeben. Durch Wissenschaft und Praxis kann ein Theil derselben bereits als erledigt angesehen werden. In manchen Beziehungen ist das jedoch nicht der Fall. Es treten vielmehr bei der Anwendung jener Vorschrift fortwährend noch so viele Zweifel hervor, daß eine Erörterung derselben, an der Hand gemachter Erfahrungen nicht ganz überflüssig erscheinen wird. Dabei haben auch die gedruckt vorliegenden Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civil-Proceß-Ordnung für die deutschen Bundesstaaten benutzt werden können.

Den Verhandlungen dieser Commission liegt größtentheils die hannoversche Proceßordnung zu Grunde. Viele Bestim-

Digitized by Google

mungen der letzteren sind ihrer Bedeutung und ihrem legislativen Werthe nach bei den Berathungen eingehend erörtert. Die letzteren liefern daher in manchen Beziehungen ein wichtiges Interpretationsmaterial.

Der §. 418 der b. Pr.-O. stellt als Regel auf: Jeder Partei steht es frei durch Vorbringung neuer Thatsachen, insbesondere neuer Einreden, Repliken, Dupliken, oder durch Benutzung neuer Beweismittel, die Erheblichkeit der aufgestellten Beschwerden zu begründen oder zu bestreiten.

Eine Veränderung der Klaganträge ist jedoch unzulässig. Während dieselbe in erster Instanz nicht von Amtswegen beachtet werden soll, ist das Verbot für die Berufungsinstanz ein absolutes. Anderer Ansicht sind Francke im Magazin Bd. III, S. 453, Ayrer Berufung S. 142. Die dabei hauptsächlich in Bezug genommene Vorschrift des §. 412, wonach sich das Berufungsverfahren im Allgemeinen nach den für die erste Instanz gegebenen Vorschriften richten soll, kann indessen schwerlich entscheiden, weil hier eben etwas Besonderes vorgeschrieben und auf den §. 203 nicht ausdrücklich hingewiesen ist. Hätte der Gesetzgeber das Verbot des §. 418 mit der aus §. 203 sich ergebenden Einschränkung aufgefaßt wissen wollen, so lag es nahe, dies auszudrücken, zumal der kurz vorhergehende §. 416 ausdrücklich vorschreibt, daß die Unzulässigkeit der Berufung wegen nicht gewahrter Frist oder Geringfügigkeit des Streitgegenstandes nicht von Amtswegen zu betrachten sei.

Hält der Beklagte seine Vertheidigung gegen die Klage nicht durch die Aenderung der Klaganträge gefährdet, ist er damit einverstanden, so liegt kein Grund vor, sie zu verbieten. (Regierungsmotive zu §. 203.)

Anders in der Berufungsinstanz. Wird die Klage geändert, so bleibt der Rechtsstreit nicht mehr der nämliche.

Das Gesetz gestattet zwar den Parteien im §. 19 in sehr umfassender Weise die Prorogation auf ein an sich unzuständiges Amts- oder Obergericht, es läßt jedoch nicht zu, daß man das Berufungsgericht durch Verhandlung eines neuen Processes — wenn auch nur in Verbindung mit einem in erster Instanz bereits verhandelten — zum Gerichte erster Instanz macht.

Digitized by Google

Der §. 400 bezeichnet in Gemäßheit der Justizverfassungsgesetze bestimmte Gerichte für die Berufungen in Civilproceßsachen. Alles was außerhalb der Grenzen der Berufung und der damit verbundenen Incidentstreitigkeiten liegt, gehört nicht zur Competenz dieser Berufungsgerichte. Sie müssen ihre Zuständigkeit prüfen und den Parteien ist die Abänderung dieser Verfassungsvorschriften durch Privatwillkür ausdrücklich verboten.

Dadurch, daß eine Berufung an das Berufungsgericht gebracht ist, kann es, auch wenn die Parteien damit einverstanden sind, nicht competent werden, die durch die Berufung nicht betroffenen Theile eines Rechtsstreits statt des Richters erster Instanz definitiv zu entscheiden, und eben so wenig ist es zur Verhandlung und Entscheidung eines bei Gelegenheit der Berufung neu erhobenen Rechtsstreites befugt.

Derartige Entscheidungen würden mit der Nichtigkeitsbeschwerde nach §. 431, Nr. 1 angefochten werden können, weil dem Berufungsgerichte diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit mangelt, welche es in Beziehung auf die Sache ausgeübt hat.

Am evidentesten ist dies der Fall rücksichtlich des höchsten Gerichts, welchem nach den Justizverfassungsgesetzen in Civilproceßsachen niemals eine erstinstanzliche Gerichtsbarkeit zusteht. Die Senate der Obergerichte haben solche zwar, aber nicht in den Sachen, in denen sie als Berufungsgerichte angegangen werden. Endlich erheischen Rücksichten auf die Ueberlastung der Berufungsgerichte mit den nicht vor dieselben gehörigen Sachen, daß der Verlegung eines neuen Rechtsstreites in die Berufungsinstanz von Amtswegen entgegengetreten werde, wie dies den großen Senaten rücksichtlich der in erster Instanz ungehöriger Weise an dieselben gebrachten Sachen ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist. Leonhardt b. P.=O. dritte Auflage, Note 1 zu §. 417 und dritte Note zu §. 19.

Die Beschlüsse der Civil=Proceß=Commission entsprechen nach §§. 578 und 579 des Entwurfs erster Lesung fast ganz den Vorschriften der §§. 417 und 418 der b. P.=O.; jedoch ist es ausdrücklich ausgesprochen, daß eine Klageänderung selbst mit Gebnemigung der Gegenpartei in der Berufungsinstanz nicht zulässig sei. Schon bei den ersten Vorschlägen war dieser

Digitized by Google

Zusatz gemacht und nach den Zweifeln, welche die betreffende Bestimmung der hannoverschen P.=O. gefunden hatte, gewiß mit gutem Grunde.

Bei den Berathungen wurden die Rücksichten auf Wahrung der Identität des Rechtsstreits hauptsächlich hervorgehoben und von keiner Seite Bedenken gegen die hier in Frage stehende Einschränkung angeregt. S. 3652 und 4332 der Protocolle der C.=P.=C.

Die Verbesserung der Klage in der Berufungsinstanz ist in keiner Weise eingeschränkt. Insoweit sie nach §. 203 in erster Instanz geschehen konnte, ist sie auch in der zweiten zulässig. Mit diesem Grundsatze scheint eine Entscheidung des I. Civil=Senats des höchsten Gerichts im Widerspruche zu stehen, welche im Jahrg. VI der Trib.=Entsch. unter Nr. 192 mitgetheilt ist. Eine Nebenforderung an Zinsen vor der Klageerhebung war in erster Instanz ohne alle factische Begründung gelassen. In der Berufungsinstanz hatte der Kläger sie durch Berufung auf stattgehabte Mahnung zu begründen gesucht, das Berufungsgericht aber erkannt: die bessere Substantiirung des Anspruchs könne, auch wenn sie als Klageverbesserung bei der mündlichen Verhandlung in erster Instanz zuzulassen gewesen wäre, in der Berufungsinstanz nicht nachgeholt werden.

Der Begründung dieser vielfach in Bezug genommenen Entscheidung kann ich nicht beistimmen.

Vielleicht ist dabei der Gesichtspunct durchschlagend gewesen, daß eine in erster Instanz gar nicht factisch begründete Nebenforderung in der Berufungsinstanz nach erfolgter Substantiirung als eine völlig neue erscheine und deßhalb unter das Verbot des §. 417 falle. Der §. 203 erkennt eine Verbesserung der Klage nur unter der Voraussetzung an, daß die thatsächlichen Grundlagen des Hauptanspruchs und der Nebenforderungen beibehalten werden. Wo es aber an jeder thatsächlichen Grundlage für eine Nebenforderung fehlt, trifft diese Voraussetzung nicht zu. Der in den Entscheidungsgründen ausgedrückte Zweifel, ob in jenem Falle eine Klageverbesserung vorgelegen haben würde, ist daher meiner Ansicht nach sehr begründet. Sollte man aber berechtigt sein eine solche, anzu=

Digitized by Google

nehmen, so würde sie auch in der Berufungsinstanz in welcher nur eine Klageänderung gesetzlich verboten ist, vorgenommen werden können.

Zweifel in dieser Richtung wurden auch in der C.-P.-Commission angeregt. Zufolge S. 3656 der Protocolle erwiederten indessen die Referenten hierauf ohne Widerspruch zu finden: Dem Berufungskläger sei alles neue Vorbringen gestattet, soweit solches nicht unter den Begriff der Klagänderung falle, also eine Verbesserung der thatsächlichen Begründung der Klage im weitesten Umfange.

Die Grenzen zwischen Klagänderung und Klagverbesserung sind äußerst schwierig zu ziehen. Fast jede Gesetzgebung hat sie anders bestimmt. In der C.-P.-C. ist der Versuch gemacht, das schwierige Problem auf einem ganz neuen Wege zu lösen. Dieser Versuch aber als unpractisch aufgegeben. Die schließlich in erster Lesung angenommenen Bestimmungen des §. 235 schließen sich im Wesentlichen denen des §. 203 unserer P.-O. an.

So interessant und lehrreich die in den Protocollen der Commission S. 1565 ff. bei Berathung dieser Frage niedergelegten Ausführungen auch sind, so würde doch die Benutzung des reichen Interpretationsmaterials für diese auf das Gebiet der nova in der Berufungsinstanz beschränkte Erörterung zu weit führen.

Fragt es sich, ob in der bezeichneten Instanz eine Klagänderung vorliege, so ist der Inhalt der Klaganträge nicht allein entscheidend. Es kommt vielmehr das gesammte thatsächliche Vorbringen im Hauptverhandlungstermine erster Instanz, soweit demselben dort nicht der Einwand der Klagänderung entgegengesetzt ist, in Betracht.

Sind Klagansprüche oder Gegenforderungen in erster Instanz zwar nicht ohne alle factische Begründung gelassen, aber doch so ungenügend substantiirt, daß die Gegenpartei sich wegen zu großer Allgemeinheit nicht dagegen vertheidigen, das Gericht darüber nicht interloquiren konnte, sie vielmehr in angebrachtermaße zurückweisen mußte, so erscheint die Nachholung der Substantiirung in der Berufungsinstanz, aus dem Gesichtspunkte der Klagänderung in der Regel unzulässig.

Der betreffende Anspruch characterisirt sich alsdann als ein

Digitized by Google

neuer, weil erst in der zweiten Instanz die zur gerichtlichen Geltendmachung desselben erforderlichen Thatsachen angeführt sind, mag er auch dem Gegenstande nach mit dem in erster Instanz erhobenen übereinstimmen. Trib.-Entsch. Jahrg. III. Nr. 32.

Nehmen solche Forderungen durch die denselben in der Berufungsinstanz gegebenen Substantiirung eine Gestalt an, die es zweifelhaft macht, ob sie mit den in der ersten Instanz erhobenen identisch seien, so stellt sich die Unzulässigkeit derselben am evidentesten dar. Ist die Identität zweifellos, so hängt es von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob die Ergänzung der Substantiirung so wesentliche Puncte betrifft, daß man sie ohne Verletzung der Vertheidigungsrechte der Gegenpartei und der gesetzlichen Begrenzung der Berufungsinstanz nicht zulassen kann.

Das im Vorstehenden bereits berührte Verbot der Geltendmachung neuer Forderungen in der Berufungsinstanz (§. 417) ist gleichfalls ein absolutes und aus den oben entwickelten Gründen von Amtswegen zu beachten.

Die angriffsweise Geltendmachung neuer Forderungen seitens des Klägers fällt schon unter das Verbot der Klageänderung, welches sich auch auf Cumulirung neuer Klagen mit der bereits anhängigen bezieht. Das Nämliche gilt von den Nebenforderungen, rücksichtlich deren der §. 203 nur eine Erhöhung oder Verminderung des Betrages im Wege der Klageverbesserung gestattet. Indem der §. 417 der Geltendmachung neuer Nebenforderungen, welche erst nach verkündetem Urtheile fällig geworden oder entstanden sind, in der Berufungsinstanz zuläßt, macht er aus Zweckmäßigkeitsrücksichten von dem im §. 203 aufgestellten Principe eine Ausnahme.

Der Beklagte kann zwar keine neue Wiederklage in der Berufungsinstanz erheben, sich aber durch neue Einreden aller Art vertheidigen, ebenso der Kläger durch neue Repliken gegen die Einreden ꝛc. Nur in einer Beziehung ist die Vertheidigung beschränkt. Sie darf sich nicht stützen auf neue Forderungen. Die Identität des Rechtsstreits wäre beeinträchtigt, wenn in der Berufungsinstanz Schuldverhältnisse gelten gemacht werden könnten, welche den in erster Instanz verhandelten Ansprüchen

Digitized by Google

völlig fremd sind. Dagegen stehen m. E. der Zulassung neuer Einwendungen anderer Art Bedenken nicht entgegen. Die vertheidigungsweise geltend gemachten Ansprüche müssen nur in Beziehung zu den in erster Instanz ventilirten stehen.

Der Rechtsstreit bleibt der nämliche, wenn ein anhängiger Anspruch in allen seinen Modalitäten zum Gegenstande der Verhandlungen in der Berufungsinstanz gemacht wird. Die Compensation wirkt zwar der Zahlung gleich. Durch das Vorschützen dieser Einrede wird indessen eine völlig selbstständige, an sich nicht mit den bisherigen Streitpuncten in Beziehung stehende Forderung geltend gemacht, wegen deren der Regel nach eine besondere Klage zusteht.

Jede Art der Vertheidigung ist dagegen zulässig, wie gegen einen klagend verfolgten Anspruch. Es erscheint bedenklich darüber nur in einer Instanz zu verhandeln und zu entscheiden, wenn die Einrede der Compensation füglich schon in erster Instanz vorgeschützt werden konnte. Das Gesetz beschränkt daher die Zulässigkeit der Compensation in der Berufungsinstanz auf neu entdeckte und neu entstandene Forderungen.

Ob das Verbot des §. 417 sich auch auf Forderungen bezieht, wegen deren nur ein Retentionsrecht in Anspruch genommen wird, ist nicht ohne Zweifel. Der 1. Civilsenat des höchsten Gerichts hat sich zufolge der Trib.-Entscheidungen Jahrgang VI Nr. 182 dafür ausgesprochen. Mir scheint diese Ansicht dem Obigen nach bedenklich zu sein und zwar am entschiedensten in dem Falle wo das Retentionsrecht zu dem Zwecke geltend gemacht wird, um die einstweilige Zurückweisung der Klage durchzusetzen. Die Einrede der Retention characterisirt sich, bei connexen Gegenforderungen als exc. doli deren Gebrauch in der Berufungsinstanz nicht beschränkt ist.

Die Ausnahmebestimmungen des §. 417 würden ferner unzureichend sein, wenn die Regelvorschrift sich auch auf neue Retentionseinreden bezöge.

Entdeckte z. B. der mit der Eigenthumsklage Belangte nach dem ersten Urtheile, daß sein Erblasser auf die vindicirte Sache Verwendungen gemacht habe, wegen deren ihm nur ein Retentionsrecht zusteht, so würde er dasselbe in der Berufungsinstanz

Digitized by Google

nicht mehr geltend machen können, weil sich die Ausnahmebestimmung nur auf Compensationsforderungen beschränkt.

Der Klage auf Zahlung des Kaufpreises würde aus gleichem Grunde der neu entdeckte Einwand, daß auf der verkauften Sache ein Pfandrecht ruhe, bis zu dessen Beseitigung ein Theil des Kaufpreises zurückgehalten werden dürfe, nicht entgegen zu setzen sein. Hülfe könnte in solchen Fällen nur die Restitutionsklage gewähren.

Warum der Gesetzgeber die weiter greifende Einrede der Compensation gegen die der Retention begünstigt haben sollte, läßt sich nicht absehen. Es ist daher sehr anscheinend, daß der §. 417 den Beklagten und überhaupt die Vertheidigung nur hinsichtlich neuer Compensationsforderungen beschränkt. Diese Ansicht hat auch in den Verhandlungen der d. C. P. C. bei Annahme der betreffenden Bestimmung Ausdruck gefunden. Zufolge der Protocolle S. 3659 u. f., und 3673 u. f. ist bei den umfassenden Erörterungen von keiner Seite auch nur eine Andeutung darüber gemacht, daß sich die einschränkenden Bestimmungen auf andere als Compensationseinreden beziehen sollten. Das Verbot trifft ferner nicht die Einrede der bereits durchgesetzten Compensation. Dadurch wird nämlich keine neue Forderung zur Geltung gebracht, sondern dargelegt, daß ein Theil des Anspruchs bereits vor der Klagerhebung erloschen gewesen sei.

Entstehen im Laufe des Berufungsverfahrens *neue Einreden*, z. B. die der Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich, so treten der Geltendmachung derselben, allgemeinen Proceßgrundsätzen zufolge, Bedenken nicht entgegen. v. Düring im Magazin IV S. 363, Leonhardt Berufung S. 97.

Verzögerliche Einreden, welche nach §. 196 dadurch verloren gegangen sind, daß der Beklagte, ohne sie vorzuschützen, auf die Hauptsache eingegangen ist, können natürlich auch in der Berufungsinstanz nicht mehr vorgebracht werden. Durch die offenbar in einschränkender Bedeutung in den §. 418 aufgenommenen Worte, „Vorbehalten bleiben die besonderen Vorschriften des §. 196", dürfte dies genügend angedeutet sein. Dagegen steht meiner Ansicht nach nichts im Wege, den in erster

Digitized by Google

Instanz ungenügend erbrachten Beweis der wirklich vorgeschützten verzögerlichen Einreden in der Berufungsinstanz durch neue Beweismittel zu ergänzen, auch die Einreden selbst durch neue Thatsachen besser als in erster Instanz geschehen zu begründen. Hat sich der Beklagte auf verzögerliches Vorbringen beschränkt und ist darüber abgesondert erkannt, so steht es ihm auch frei, im Wege der Berufung neue verzögerliche Einreden nachzuholen. Leonhardt Berufung S. 88.

Die im §. 166 enthaltenen Vorschriften über Berufungen gegen Ungehorsamsverfügungen ergeben bereits, daß sie nur durch Ausführungen auf Grund der bisherigen Verhandlungen, nicht aber durch Nova gerechtfertigt werden können. Zugelassen werden diese nur dann, wenn sie von der Beschaffenheit sind, daß sie, läge ein rechtskräftiges Erkenntniß in der Mitte, die Restitutionsklagen begründen würden.

Es ist ausdrücklich bestimmt, daß dabei die für die Restitutionsklage geltenden Formen zu beobachten seien. Da indessen nur auf die §§. 448 und 450 verwiesen ist, die Vorschriften über die bei der Restitutionsklage zu beobachtenden Fristen aber sich im §. 447 finden, so wird es auf Beobachtung des letzteren nicht ankommen.

Erscheint die beweispflichtige Partei im Beweisantretungstermine und erklärt sich nach Verwerfung eines gestellten Fristgesuches außer Stande, den Beweis anzutreten, so kann sie nach §. 239 nicht als ungehorsam betrachtet werden. Wird danach der ihr obliegende Beweis für desert oder nicht geführt angenommen, so hat sie gegen diese ein Ungehorsamsurtheil nicht enthaltende Richterverfügung zwar keinen Einspruch, die Nachholung des Versäumten in der Berufungsinstanz ist ihr aber unbenommen. v. Düring, im Mag. B. VII. S. 491. Trib.-Entsch. Jahrg. VI. Nr. 171.

Das nämliche muß eintreten, wenn sie geradezu erklärt, den Beweis nicht antreten zu wollen. Verzichte sind strict zu interpretiren. Die Partei begiebt sich aber mit einer solchen Erklärung nur des, durch Führung des Beweises bedingten Rechtes auf ein günstiges Erkenntniß in erster Instanz. Ein deutlich erklärter Verzicht auf jede Beweisführung über die betreffende

Digitized by Google

Thatsache würde sich allerdings auch in der Berufungsinstanz als wirksam erweisen.

Das Fallenlassen eines vorgeschlagenen Beweismittels, wozu es nach eingetretener Gemeinschaftlichkeit der Zustimmung der Gegenpartei bedarf, steht der Benutzung desselben in der zweiten Instanz gleichfalls nicht entgegen, wenn nicht vorbehaltlos darauf verzichtet sein sollte.

Von besonderer Wichtigkeit sind die Einschränkungen in dem Gebrauche neuer Beweismittel, welche sich ergeben aus der Collision mit in erster Instanz abgeleisteten, erlassenen, angenommenen oder zurückgeschobenen Eiden.

Im §. 290 heißt es „Wider den geleisteten Eid ist kein Gegenbeweis zulässig (vergl. jedoch §§. 444, 445)".

Nach §. 445 unter 1 ist die Restitutionsklage dadurch bedingt, daß die Partei den Restitutionsgrund zu einer Zeit entdeckt hat, wo sie davon in dem früheren Verfahren, sowie ferner unter Berücksichtigung der §§. 417 und 418 keinen Gebrauch mehr machen konnte.

Daraus ergiebt sich, daß bei früherer Entdeckung des Restitutionsgrundes derselbe in der Berufungsinstanz im Wege des beneficii novorum geltend zu machen ist. Damit correspondirt die Vorschrift des §. 418 daß die Vorschriften des §. 445 unter Nr. 2 und 3 analog zur Anwendung kommen sollen. Die in diesen Vorschriften enthaltenen Beschränkungen hinsichtlich des Gebrauchs einzelner Beweismittel sollen also auch rücksichtlich der in der Berufungsinstanz geltend gemachten Restitutionsgründe zur Anwendung kommen.

Die wichtigste dieser Beschränkungen ist, daß der auf unentdeckte oder früher nicht herbeizuschaffende Urkunden gestützte Restitutionsgrund nicht stattfindet, wenn schon das Gegentheil dessen, was durch die neueren Urkunden dargethan werden soll, im früheren Processe (hier also in erster Instanz) durch einen Wahrheitseid der Gegenpartei festgestellt ist. In solchen Fällen kann nur der Nachweis des Meineides im Civil- oder Strafverfahren helfen. Gegen geleistete Eide anderer Art kann zwar Gegenbeweis, aber nur durch neu entdeckte oder früher nicht her-

Digitized by Google

beizuschaffende schriftliche Beweismittel, welche den Anforderungen des §. 444 unter Nr. 5 entsprechen, geführt werden.

Selbstverständlich hat der in erster Instanz abgeleistete Eid diese Wirkung nur, wenn er gesetzmäßig nicht allein hinsichtlich der Form, sondern auch hinsichtlich der Proceßlage abgenommen ist.

Erfolgt die Eidesabnahme ehe die den Eid normirende Richterverfügung durch Ablauf der Berufungsfrist, durch Verzicht auf die Berufung, durch ausdrücklich erklärte, oder aus concludenten Handlungen zu folgende Unterwerfung der Gegenpartei rechtskräftig geworden ist, so kann dieselbe im Wege der Berufung angefochten und die Wirksamkeit des geleisteten Eides dadurch beseitigt werden. Vergl. auch Prot. d. C.-P.-C. S. 3679.

Im §. 290 ist ferner bestimmt: „der Erlaß des Eides durch den Gegner wirkt wie die Eidesleistung." Die Wirkung des geleisteten, wie des erlassenen Eides ist die, daß der betreffende Beweis nach dem Inhalte des Eides als geführt oder als verfehlt erscheint.

Wenn aber der §. 444 Nr. 5 gestattet, gegen alle Beweisführungen den auf neu entdeckte, oder früher nicht herbeizuschaffende schriftliche Beweismittel gestützten Restitutionsgrund geltend zu machen und dabei nur die eben hervorgehobene Ausnahme macht, so dürfte nach dem Grundsatze, daß Ausnahmebestimmungen nicht extensiv zu erklären sind, der Erlaß eines Wahrheitseides der Geltendmachung des betreffenden Restitutionsgrundes in der Berufungsinstanz nicht entgegenstehen. Ohnehin fehlt es hier an der Gleichheit des Grundes.

Auf der anderen Seite kann auch der Restitutionsgrund des §. 444 Nr. 1 beim Erlasse eines Eides nicht geltend gemacht werden, indem das Erbieten zur Ableistung eines falschen Eides zwar criminell strafbar ist, aber niemals einen wissentlich falsch geleisteten Eid involvirt.

Die Eidesweigerung hat nach §. 290 die unmittelbare Folge, daß das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache als zugestanden angenommen wird. Insoweit nach civilrechtlichen Grundsätzen die Partei gegen ein von ihr abgelegtes Geständniß Abhülfe erlangen kann, wird dies auch gegen die nachtheiligen

Digitized by Google

Folgen der Eidesweigerung und die Benutzung neuer Beweismittel in der Berufungsinstanz zu diesem Zwecke zulässig erscheinen. Cfr. die Regierungsmotive zu §. 80.

Nach der klaren Vorschrift des §. 296 kann der vom Delaten angenommene Eid nur im Falle des §. 242 unter Nr. 2 durch andere Beweismittel ersetzt werden, also durch solche Beweismittel, welche von der Beschaffenheit sind, daß sie, läge ein rechtskräftiges Erkenntniß in der Mitte die Restitutionsklage begründen würden. Daß diese Vorschrift nicht auf eventuell deferirte Eide zu beziehen und nicht auf die erste Instanz zu beschränken sei, sondern auch für die Berufungsinstanz gelte, ist in einem Erkenntnisse des Cassationssenates, Magaz. B. IV S. 250, und von Leonhardt, Berufung S. 102, mit so überzeugenden Gründen nachgewiesen, daß diese Fragen seitdem, wie ich meine, aufgehört haben, controvers zu sein.

Ist es danach dem Deferenten zwar nicht gestattet, einseitig den angenommenen Eid in der Berufungsinstanz bei Seite zu setzen und zu andern Beweismitteln zu greifen, so ist ihm doch die Befugniß nicht abgeschnitten, dem Schwörenden vor der Eidesleistung Momente vorzuführen, welche ihn von der letzteren abzuhalten geeignet sind, und dazu auch neue Beweismittel z. B. Urkunden zu benutzen. Die Aufnahme neuer Beweismittel, Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen ꝛc. zu diesem Zwecke kann er indessen nicht verlangen.

Der §. 297 erklärt die Zurückschiebung des Eides in der Weise für unwiderruflich und den Deferenten verbindend, daß er den Eid bei Strafe der Eidesweigerung ausschwören muß, ohne zur Zurücknahme der Eideszuschiebung befugt zu sein.

Auch diese Bestimmung beschränkt die Zulässigkeit neuer Beweismittel in der Berufungsinstanz für beide Parteien. Wird der referirte Eid ausgeschworen, erlassen oder verweigert, so treten die, mit Rücksicht auf neue Beweismittel, oben bereits entwickelten Folgen der Leistung, Erlassung oder Weigerung eines deferirten Eides ein.

Hat der Delat sein Gewissen mit Beweis vertreten, so verwandelt sich die Beweisführung zunächst in eine durch sonstige Beweismittel unternommene. Dabei sind in der Berufungsinstanz Nova schlechthin zulässig.

Digitized by Google

Greift der Delat aber in Gemäßheit des §. 298 demnächst zur Annahme, oder Zurückschiebung des ihm deferirten Eides zurück, so treten auch die für diese Fälle dargelegten Beschränkungen ein.

Die Betrachtung dieser Fälle giebt, in Verbindung mit anderen Bestimmungen der P.=O. rücksichtlich neuer Beweismittel, folgende Regel an die Hand:

Die Berufungsinstanz soll Schutz gewähren gegen die in erster Instanz versäumte Benutzung von Beweismitteln. Liegt aber keine Versäumung vor, bringt vielmehr die Beschaffenheit der in erster Instanz benutzten Beweismittel gewisse Beschränkungen rücksichtlich der Beweisführung mit sich, so zeigen sich vermöge der allgemeinen Bestimmungen des §. 412 diese Beschränkungen auch in der Berufungsinstanz wirksam. Leonhardt Proc.=Ordn. Note 3 zu §. 418.

Diese Grundsätze haben auch in der D. C.=P.=C. einstimmige Anerkennung gefunden. Bei den Zweifeln, welche die Auslegung unserer P.=O. gefunden, hat man es indessen für angemessen erachtet, entsprechende ausdrückliche Bestimmungen in die §§. 583 und 584 des Entwurfs aufzunehmen. S. 3964 u. f. der Protocolle.

Die gesetzlichen Beschränkungen sind bei den einzelnen Beweismitteln näher bezeichnet und in den bereits erörterten Fällen von der größten Bedeutung. Dahin gehört auch die Schlußbestimmung des §. 338, wonach, abgesehen von der Restitutionsklage, nach abgeleistetem Diffessionseide der Beweis der Aechtheit einer Urkunde nicht mehr zulässig ist.

Jene Beschränkungen beziehen sich nicht allein auf Eide, sie treten auch in anderen Richtungen zu Tage. So können in erster Instanz bereits vernommene Zeugen in der Berufungsinstanz über neue Punkte vernommen werden; über die nämlichen Punkte aber nur unter den im §. 270 enthaltenen Voraussetzungen.

Handelt es sich um die Gliederung oder Vervollständigung eines in erster Instanz unternommenen Sachverständigenbeweises, so kann eine wiederholte Vernehmung der Sachverständigen oder die wiederholte Begutachtung durch neue Sach-

Digitized by Google

verständige nur unter den in den §§. 287 und 279 enthaltenen Voraussetzungen stattfinden.

Ueber die aus den Vorschriften des §. 405 in Betreff des Inhalts der Berufungsanträge sich ergebenden Einschränkungen des beneficii novorum herrscht bis auf den heutigen Tag viel Streit. Obgleich gerade diese Materie vielfach in gediegener Weise wissenschaftlich bearbeitet ist, so kann doch für die nachfolgende Argumentation eine kurze Hinweisung auf die allgemeinen Grundsätze über die Bedeutung der Parteianträge nicht entbehrt werden.

Bei Darlegung der leitenden Gesichtspunkte in den Regierungsmotiven zur P.-O. ist es klar ausgesprochen, daß das ganze Gewicht der Sache in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte und nicht in den Schriftsätzen liege, daß diese nur dazu dienen sollen, die mündliche Verhandlung vorzubereiten, dieselbe zu vereinfachen, und den Gang derselben zu beschleunigen. Die eine Partei theile sie der anderen mit und müsse bei Vermeidung der Kostenerstattung dieses thun, um sie von dem wesentlichen Inhalt ihres Begehrens zu unterrichten.

Demgemäß ist im §. 92 bestimmt: der Rechtsstreit wird mündlich auf Grundlage der die mündliche Verhandlung vorbereitenden schriftlichen Parteianträge verhandelt. §. 94 gestattet zwar, die Anträge noch im Verhandlungstermin zu stellen, legt jedoch, falls die Gegenpartei die sofortige Erklärung auf das Vorbringen ablehnt, die Kosten des verzögerten Processes dem Säumigen zur Last.

Nach §. 101 dient in thatsächlicher Beziehung die mündliche Verhandlung als Grundlage für die richterliche Entscheidung, selbst rücksichtlich derjenigen Punkte, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten.

Ist die Verpflichtung zur Kostenerstattung als die regelmäßige Folge der ganz unterlassenen Mittheilung vorbereitender Anträge im Gesetze und in den ständischerseits nicht beanstandeten Motiven hingestellt, so wird man den Mängeln der wirklich

Digitized by Google

mitgetheilten Anträge weiter gehende Folgen im Zweifel nicht beimessen können.

Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten ist das Princip der Mündlichkeit modificirt durch die Bestimmung, daß Klagen, Berufungen und sonstige Rechtsmittel nur durch Zustellung schriftlicher Anträge erhoben werden können.

Die Vorschriften über den Inhalt derartiger Anträge beschränken sich nicht auf das zur Erreichung des Zwecks durchaus nothwendige, dessen Mangel den Anträgen jede processualische Wirksamkeit rauben, sie zu werthlosen Scripturen herabsinken lassen würde. Es ergiebt sich aus ihnen auch dasjenige, was das Gesetz zur gehörigen Vorbereitung des Verhandlungstermins, zur Ordnung des Verfahrens, zur Vollständigkeit und Uebersichtlichkeit der Acten, wie zur Erleichterung der Fixirung des thatsächlichen Vorbringens für erforderlich erachtet hat.

Regierungsmotive zu §. 92.

Fehlt es den Anträgen nicht an den nothwendigen Bestandtheilen, enthalten sie aber sonstige Mängel, so kann denselben nach den oben dargelegten allgemeinen Grundsätzen über die den Anträgen im Zweifel zukommende Bedeutung, in der Regel noch im Verhandlungstermine abgeholfen werden.

Der Gegner ist jedoch berechtigt, zur Vorbereitung seiner Vertheidigung Vertagung der Verhandlung auf Kosten des andern Theils zu verlangen.

Unwesentliche Mängel, namentlich Verstöße gegen Ordnungsvorschriften haben in der Sache selbst keine Nachtheile zur Folge, sie können indessen dem Gerichte zu Erinnerungen und Ordnungsstrafen Veranlassung geben.

Das Gesetz, welches alle im Obigen erwähnten Vorschriften über den Inhalt der Anträge mit gleicher Entschiedenheit gegeben hat, indem es überall heißt „die Anträge müssen enthalten ꝛc." unterscheidet doch zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln der Anträge.

Nur jene nicht auch diese hindern den Erlaß des Ungehorsamsurtheils §. 369 Nr. 1.

Welche Mängel zu den wesentlichen zu rechnen seien, ist lediglich der richterlichen Beurtheilung überlassen.

Fehlt es an der nöthigen factischen Substantiirung eines in

Digitized by Google

den Anträgen geltend gemachten Anspruchs, oder sind Vorschriften unbeachtet geblieben, welche die Vorbereitung der Vertheidigung des Gegners zu dem betreffenden Verhandlungstermine sichern sollen, so werden solche Mängel in der Regel zu den wesentlichen zu rechnen sein.

Die Verletzung einzelner Vorschriften kann bald als wesentlicher, bald als unwesentlicher Mangel erscheinen.

So verordnet der §. 184 unter 4, daß die Klaganträge enthalten sollen die Aufforderung an den Beklagten, vertreten durch einen bei dem Proceßgerichte angestellten Anwalt in dem festgesetzten Gerichtstermine zu erscheinen.

Die Hinweisung auf die Vertretung durch einen Anwalt bezweckt offenbar die Belehrung der rechtsunkundigen Beklagten.

Erscheint ein solcher unvertreten im Verhandlungstermine vor dem Obergerichte, so kann ihm zwar das Wort zur Vertheidigung nicht gegeben werden, fehlt aber in dem zeitig behändigten Klageantrage die erwähnte Aufforderung, so dürfte ein Ungehorsamsurtheil nicht zu erlassen sein, weil der Beklagte durch diesen Mangel in seinen Vertheidigungsrechten beeinträchtigt war.

Ist dagegen der Beklagte der Rechte kundig, oder ist die Behändigung der Berufungsanträge, für welche die nämliche Vorschrift gilt, zulässiger Weise an den Anwalt des Berufenen erfolgt, so stellt sich dieser Mangel als ein ganz unwesentlicher dar, welcher den Erlaß des Ungehorsamsurtheils nicht hindern kann.

Alsdann liegt nur der Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift vor, indem die Ordnung erfordert, daß die Anträge in einer auch für Rechtsunkundige genügenden Weise abgefaßt sind.

Ob und inwieweit einzelne Vorschriften über den Inhalt der Anträge eine von der oben dargelegten regelmäßigen Bedeutung derselben abweichende Natur haben, indem sie entweder die Bedingungen für die Geltendmachung gewisser Rechtsmittel im weiteren Sinne oder nur Ordnungsvorschriften enthalten, läßt sich nicht immer aus dem Inhalte der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen deutlich erkennen. Die Erwägung des Zwecks derselben und die Natur der Sache muß alsdann das Erforderliche an die Hand geben.

Digitized by Google

Betrachtet man aus diesen Gesichtspunkten die Vorschriften des §. 405 unter Nr. 2 und 3, so ist es klar, daß sie sich nicht auf nothwendige Bestandtheile der Berufungsanträge beziehen. Die letzteren haben volle Wirksamkeit ohne alle Nova.

Die Nachholung des Versäumten im Verhandlungstermine ist daher unbedingt zulässig.

Nach §. 405 sub 2 ist der Berufende zur genauen Angabe der einzelnen neuen Thatsachen in den Berufungsanträgen verpflichtet. Durch die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift werden die Vertheidigungsrechte des Berufenen offenbar beeinträchtigt.

Mit Rücksicht auf die allgemeinen Bestimmungen der §§. 92 u. f. steht dem Berufenden das nämliche Recht zu, wenn sein Gegner im Verhandlungstermine nova vorbringt, welche in zeitig zugestellten Gegenanträgen nicht angekündigt sind.

Daß die Vorschrift des §. 405 unter 3, indem sie das Angebot der neuen Beweise fordert, durch welche die bereits früher vorgebrachten oder die aufgestellten neuen Thatsachen dargethan werden sollen, sich keinenfalls auf die in erster Instanz bereits vorgebrachten, aber nicht zum Beweise verstellten, Thatsachen beziehen lasse, wird allgemein anerkannt.

Ist die Berufung gegen die Beurtheilung der Beweisführung gerichtet und werden dazu neue Beweismittel benützt, oder soll ein in erster Instanz gar nicht angetretener Beweis in der Berufungsinstanz geführt werden, so müssen natürlich in dem betreffenden Verhandlungstermine die von beiden Theilen zu benutzenden neuen Beweismittel in der nämlichen Weise wie im Beweisantretungstermine genau bezeichnet werden. Die Berufungsan- und Gegenanträge verhalten sich in dieser Beziehung ganz wie Beweisan- und Gegenanträge, welche zur Vorbereitung des Beweisantretungstermins dienen sollen. Sind einzelne im Verhandlungstermine beigebrachte Beweismittel in denselben nicht bezeichnet, so kann die Vertagung der Verhandlung auf gegnerische Kosten begehrt werden. Der Verlust solcher Beweismittel folgt aus der Versäumniß nicht.

Werden zum Zwecke einer künstlichen Beweisführung neue Thatsachen angeführt, so müssen sie natürlich im Verhandlungstermine wie im Beweisantretungstermine mit Beweis begleitet

Digitized by Google

werden. Sie fallen alsdann ganz unter die Grundsätze über neue Beweismittel.

Wenn der §. 405 außerdem das Angebot der Beweise für die aufgestellten neuen Thatsachen verlangt, so stimme ich mit v. Düring im Magaz. Bd. IV. S. 84 völlig überein, daß die Unterlassung dieses Angebots in den Berufungsanträgen und im Verhandlungstermine in der Sache selbst keine Nachtheile mit sich führen könne, schließe mich auch den dafür ausführlich entwickelten Gründen im Uebrigen an, in folgender Beziehung glaube ich indessen davon abweichen zu müssen.

Die Worte der betreffenden Bestimmung lauten nämlich so allgemein, daß sie sich kaum auf die Fälle, in denen die neuen Thatsachen nur zum Zwecke einer künstlichen Beweisführung vorgebracht sind, beschränken lassen. Daß ein Angebot der Beweise im Stadio der Behauptungen und Rechtsausführungen nicht zum Wesen der Sache gehöre, daß die betreffende Bestimmung, wenn man von ihrer Befolgung die Zulässigkeit der Beweismittel abhängig machen wollte, mit andern Vorschriften der Proceßordnung nicht in Uebereinstimmung stehen würde, ist in der citirten Erörterung überzeugend dargethan. Die Vertheidigungsrechte des Berufenen werden in keiner Weise beeinträchtigt, wenn er die für die neuen Behauptungen dem Berufenden zur Seite stehenden Beweise im ersten Verhandlungstermine noch nicht kennt. In demselben ist über die Relevanz der ersteren zu verhandeln und wenn der Berufene sie nicht zugesteht, auf Beweis zu erkennen. Die Beweisanträge und der Beweisantretungstermin geben ihm hinreichende Gelegenheit, die alsdann benutzten Beweismittel zu bekämpfen. Die Nichtbeachtung jener Vorschrift erscheint daher immerhin als ein Mangel, aber nicht als ein wesentlicher. Es liegt nur ein Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift im weiteren Sinne vor, auf deren Befolgung das Gericht zu halten berechtigt ist, weil sie in manchen Fällen, namentlich bei Berufungen gegen amtsgerichtliche Entscheidungen zur Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens gereicht.

Durch die in erster Instanz unternommenen Beweise kommt sehr häufig erst das wahre Sachverhältniß zu Tage. Die dadurch gewonnenen Aufklärungen liefern die meisten nova für die

Digitized by Google

Berufungsinstanz. Der Berufende, welcher dieselben — wenn sich sein Anwalt einer Erinnerung oder Ordnungsstrafe wegen Verstoßes gegen die betreffende gesetzliche Vorschrift (§. 681) nicht aussetzen will — mit Beweis begleiten muß, benutzt zu diesem Zwecke häufig nur das bisherige Beweismaterial oder beschränkt sich auf die Eidesdelation.

Der Berufene erklärt dann nicht selten, sich rücksichtlich des Gegenbeweises ebenfalls auf das von ihm in anderer Weise beurtheilte bisherige Beweismaterial beschränken, oder den deferirten Eid annehmen zu wollen. Die Verhandlung der Sache läßt sich alsdann, selbst bei erfolgter Abänderung der Beweissätze, in einem Termine auch rücksichtlich der Beweisfrage zu Ende führen. Brauchte der Berufende die Beweise für die von ihm angeführten neuen Thatsachen nicht sofort anzubieten, so würde dieses wünschenswerthe Resultat fast nie zu erreichen sein.

Schlösse die Verletzung der fraglichen Vorschrift einen wesentlichen Mangel der Berufungsanträge in sich, so würde er auch im Contumatialverfahren als solcher zu betrachten sein und mit Rücksicht auf den §. 369 Nr. 1 den Erlaß des Ungehorsamsurtheils hindern. Die in den Berufungsanträgen aufgestellten, aber mit Beweis nicht begleiteten neuen Behauptungen könnten alsdann beim Nichterscheinen des Berufenen als zugestanden nicht angenommen werden, obgleich die nach §. 428 auch in der Berufungsinstanz geltenden Vorschriften des §. 368 dies sonst zur Folge haben müßten.

Eine dem §. 403 Nr. 3 völlig entsprechende Bestimmung ist in den §. 566 des Entwurfs erster Lesung der d. Civil-Proceß-Commission aufgenommen.

Zufolge S. 3562 der Berathungs-Protocolle rieth der Referent von der Aufnahme dieser Bestimmung ab, weil bei Anwendung der Hannoverschen Proceßordnung über die Bedeutung derselben die größten Zweifel entstanden seien und sie da, wo sie im weiteren Sinne verstanden, zu einer völlig leeren Form geworden sei.

Hierauf wurde erwiedert: Nach dem Systeme der Hannoverschen Proceßordnung, wo der Antretung der Beweise ein Beweisinterlocut voraufgehe, habe die fragliche Vorschrift allerdings keine wesentliche Bedeutung und könne zur bloßen Form

Digitized by Google

herabsinken. Allein nach dem Systeme des Entwurfs, nach welchem (in allen Instanzen) die Beweisverbindung mit den Behauptungen bestehe, habe diese Vorschrift ihre sehr gute Bedeutung.

Eine weitere Begründung hat die fast einstimmige Annahme derselben nicht gefunden.

Jene Argumentation unterstützt aber die von mir angenommene Bedeutung dieser Bestimmung in der auf anderen Grundsätzen beruhenden Hannoverschen Proceßordnung entschieden.

Zuweilen werden neue Beweismittel nur für den Fall vorgeschlagen, daß der Beweis nicht schon auf Grund des bisherigen Beweismaterials für geführt angenommen werden sollte. Damit wird verlangt, daß zunächst lediglich über das letztere verhandelt und dasselbe richterlich geprüft werde. Eine solche Procedur ist aber mit der Ordnung des processualischen Verfahrens nicht vereinbar.

Das Gesetz gestattet in erster Instanz successive (eventuelle) Beweisführungen nicht. Im Beweisantretungstermine sind die Beweise vollständig anzutreten und sodann aufzunehmen. Eben so in der Berufungsinstanz. Hält eine Partei die Verstärkung von Beweisen ihren Interessen entsprechend, so mag sie zeitig erklären, in welcher Weise dies geschehen soll. Sie kann die vorläufige Prüfung der bisherigen Beweismittel nicht verlangen.

Neue Beweisführungen setzen in der Regel die vorgängige Feststellung der Beweissätze voraus. Der Berufungsrichter kann dadurch, daß der Berufende principaliter das über die Beweisführung ergangene Urtheil und nur eventuell das Beweisurtheil angreift, nicht genöthigt werden, zunächst umfassende Beweise aufzunehmen und zu prüfen, alsdann aber über eine eventuelle auf Abänderung des betreffenden Beweises gerichtete Beschwerde zu erkennen. Würde die principale Beschwerde verworfen, der eventuellen aber stattgegeben, so müßte nach Erledigung des ersten ein anderweites Beweisverfahren eingeleitet werden, was nicht im Geiste der Proceßordnung liegt. Wachsmuth im Magaz. IX, S. 114.

Ist die Berufung gegen ein nach stattgehabter Beweisführung ergangenes bedingt endliches, oder deferirte Eide normiren-

Digitized by Google

des Erkenntniß gerichtet und wird dieselbe durch Vorschlagung neuer Beweismittel zu begründen versucht, so hat der Berufene oft nur in dem Falle, wenn der Beschwerde stattgegeben wird, ein Interesse, daß die Beweisauflage zu seinen Gunsten geändert werde. Er stellt daher nur eventuelle Adhaesionsbeschwerden gegen das Interlocut und sucht principaliter die sofortige Berufung durch Vorschlagung neuer Beweismittel zu bekämpfen.

Auch in diesem Falle halte ich das nicht für zulässig. Will sich der Berufene den Chancen der sofortigen Berufung nicht aussetzen, so mag er durch Anfechtung des Interlocuts obzusiegen suchen. Er kann nicht verlangen, daß zunächst die sofortige Berufung instruirt und darüber entschieden werde.

Sollte er auch den ihm in erster Instanz auferlegten nothwendigen oder eventuell zugeschobenen Eid mit gutem Gewissen leisten können, so ist er doch, weil er nicht völlig obgesiegt hat, berechtigt, Beschwerden gegen die endliche Entscheidung und gegen das Interlocut zu stellen.

Nur wenn der Berufene in erster Instanz völlig obgesiegt hat, kann er das Interlocut nicht durch principale Adhaesionsbeschwerden angreifen, sondern dieselben nur für den Fall der Abänderung der von dem Berufenden angefochtenen Entscheidung stellen.*)

---

*) Der erste Civilsenat des O.-A.-G. ist bei seinen Entscheidungen von demselben Principe ausgegangen, insofern auch er in dem vorstehenden Falle dem Berufenen das Recht nicht zugestehen will, zu verlangen, daß über seine Beschwerde, ohne Rücksicht auf das Resultat der gegnerischen Berufung entschieden werde.

Andererseits pflegt jene Gerichtsabtheilung — und es wird angenommen, daß darin der Herr Verf. durch das Gesagte keine abweichende Ansicht hat geltend machen wollen — nicht bloß, wenn in den vorangestellten Fällen, sondern auch, wenn in dem zuletzt gedachten Falle eine eventuelle Beschwerde erhoben ist, dieselbe als eine eventuelle nur insoweit zu behandeln, als dieses nicht nachtheilig auf den Gang des Rechtsstreits einwirkt, und hat aus diesem Grunde allemal dann, wenn die Principalbeschwerde noch eine, erst später zu erledigende Instruction nöthig machte, demjenigen, der die eventuelle Beschwerde erhoben, die Alternative gestellt, entweder dieselbe als principale Beschwerde zur Entscheidung zu verstellen oder darauf ganz zu verzichten. Wenn z. B. der Kläger darüber eine principale Beschwerde führt, daß der Beweis seiner

Digitized by Google

So sehr es sich empfiehlt, zur Förderung des materiellen Rechts den möglichst uneingeschränkten Gebrauch der nova in der Berufungsinstanz zu gestatten, so findet dieses beneficium doch seine natürliche Begrenzung in der Ordnung des processualischen Verfahrens. Die Gerichte sind ebenso berechtigt als verpflichtet, den diese Ordnung bedrohenden Ausschreitungen mit Entschiedenheit entgegen zu treten.

---

5. Ueber die Abstimmung der Richter und die Stimmenzählung in Straffachen, unter Berücksichtigung des Inhalts der Schrift des General-Staatsanwalt Dr. Schwarze in Dresden: „Das deutsche Schwurgericht und dessen Reform."

Vom Herrn Obergerichtsrath Grisebach in Hameln.

§. 1.

Nur mit Widerstreben habe ich mich dazu entschlossen, noch einmal in dieser wichtigen Angelegenheit das Wort mir zu erbitten.[1]) Die Ausführungen im N. Magaz. Bd. IV S. 401 ff. haben mich von der Unrichtigkeit meiner früher ausgesprochenen Ansicht nicht zu überzeugen vermocht und hätte ich gewünscht, daß von anderer Seite eine Wiederlegung des meines Erachtens höchst bedenklichen Princips:

Klage für verfehlt erklärt und er deshalb mit der Klage zurückgewiesen worden, und der Beklagte mittelst (eventueller) Adhäsionsbeschwerde eine neue Einrede zur Geltung bringen oder eine Aenderung im Beweissatze herbeiführen will, so wird, wenn zur Begründung der klägerischen Principalbeschwerde ein weiteres Instructionsverfahren nöthig wird, vom Berufenen regelmäßig verlangt, daß er seine eventuelle Beschwerde, wenn er damit überhaupt gehört werden wolle, nunmehr als principale zur Geltung bringe, und es wird ihm das Recht nicht zugestanden, zu verlangen, daß die Berücksichtigung der Beschwerde vom demnächstigen Ausgange der Hauptbeschwerde abhängig gemacht werde.

Anmerkung der Redaction.

[1]) Vergl. Francke im Magazin für Hannov. Recht Bd. VIII, S. 65 ff. Wiarda daselbst Bd. VIII. S. 175. Grisebach das. S. 270 u. Dr. v. Bar im Neuen Magaz. für Hannov. Recht Bd. IV. S. 401.

Digitized by Google

a) „die Schuldfrage ist stets von der Straffrage zu trennen. Die bei der Abstimmung über die Schuldfrage überstimmten Richter haben die Entscheidung über die Majorität als bindende Vorentscheidung für die

b) „Straffrage anzuerkennen. Insoweit jedoch der durch diese Vorentscheidung fixirte Thatbestand das Maß der Strafbarkeit zweifelhaft läßt, hat der überstimmte Richter stets für die mildeste Art der gesetzlichen Strafzumessung zu stimmen.“[2]) in diesen Blättern verlautbart wäre, da solches jedoch seit Verlauf von 2 Jahren nicht geschehen und da ich in der angeführten Stelle (S. 422 unten u. S. 423 oben) den Wunsch ausgesprochen finde, daß die Gesetzgebung die zweifelhaften Fragen entscheiden möge, „wenn die bisher gehörigen Fragen genügend wissenschaftlich festgestellt seien“, so habe ich es nicht unterlassen wollen, meine Ansicht öffentlich auszusprechen, und zwar öffentlich, weil ja nach unserer Landesverfassung auch die Stände des Königreichs Hannover bei einer solchen gesetzgeberischen Thätigkeit mitzuwirken haben werden.

Die in der Ueberschrift dieses Aufsatzes in Bezug genommene, im 6. Bande S. 323 dieser Zeitschrift bereits angezeigte höchst interessante Schrift steht mit der angeregten Frage in enger Verbindung.

Wird das Schwurgericht gänzlich wieder abgeschafft und dem Vorschlage des General-Staatsanwalts Dr. Schwarze in Dresden entsprechend, ein Schöffengericht an die Stelle desselben gesetzt, — ein Vorschlag, den ich mir, ganz unabhängig von der Schwarze'schen Schrift, als zweckmäßigstes Auskunftsmittel für eine zeitgemäße Reform der Strafgerichte seit Monaten gebildet habe, — so werden die Hauptargumente für das meines Erachtens höchst bedenkliche von Bar'sche Princip beseitigt.

Bin ich gleich weit entfernt behaupten zu wollen, daß das sub a hervorgehobene Princip von dessen Vertheidigern lediglich durch die Schwurgerichts-Praxis veranlaßt, aufgestellt sei, so liegt doch etwas sehr Bestechendes für dieses Princip darin, daß es bei den Schwurgerichten, deren Beschaffenheit zufolge,

[2]) Vergl. Bd. 4 S. 420, auch S. 410 unten.

Digitized by Google

angewendet werden muß und daher auf die Abstimmungsweise der Gerichte für Polizei-Strafsachen und für leichter Strafe unterworfene Strafsachen um so leichter ausgedehnt wird. Auch möchte ich bezweifeln, daß vor Einführung der französischen Schwurgerichte je ein solches Princip von Schriftstellern vertheidigt sei. In Glücks Commentar Bd. 6, 1. Abth. §. 527 S. 434, findet sich davon keine Spur.

§. 2.

Das Bedenkliche des im §. 1 aufgestellten Princips ergiebt sich bei seiner Anwendung schon daraus, daß es zweifelhaft sein kann, ob auf den „durch die Vorentscheidung fixirten Thatbestand" ein absolut bestimmtes Strafgesetz oder ein unbestimmtes, mindestens relativ unbestimmtes Strafgesetz anzuwenden sei, denn absolut unbestimmte strafgesetzliche Bestimmungen möchten sich in unsern heut zu Tage anzuwendenden Strafgesetzen wohl schwerlich finden.

Wie, frage ich, soll nun dieser Zweifel gelöset werden? wer hat zu entscheiden, ob ein absolut bestimmtes Strafgesetz oder ein relativ unbestimmtes vorhanden ist?

Liegt aber der Fall unter b (ein relativ unbestimmtes Strafgesetz) vor, wie kann der überstimmte Richter in diesem Fall gezwungen werden „stets für die mildeste Meinung zu stimmen"?

Ich denke, ist der durch die Vorentscheidung fixirte Thatbestand wirklich für den überstimmten Richter bindend, so hängt es von dem Ermessen des letzteren ab, ob er innerhalb des dem Richter gestatteten Spielraums für eine strengere oder gelindere Strafe stimmen will?

Schwarze, das deutsche Schwurgericht S. 93 ff. hat vielleicht die von mir zu widerlegen versuchte Ansicht, er setzt wenigstens den Fall voraus, daß der bei der Schuldfrage überstimmte sich dem Beschlusse der Majorität unterwirft, ohne klar auszusprechen, daß er dazu verpflichtet sei, besagt denn aber pag. 94 wörtlich: „daß nicht selten, nachdem die Beweisfrage durch majora zu Ungunsten des Angeklagten entschieden worden und nunmehr die Abmessung der Strafe in Frage kam, die früheren Dissentienten für eine höhere Strafe stimmten, indem sie äußerten: Ist der Angeklagte der

Digitized by Google

Thäter gewesen, so verdient er bei der Schändlichkeit der That, die wir betonen, eine besonders hohe Strafe."

Ist das Princip des §. 1 unter a wirklich richtig, — wie ich freilich nicht annehmen kann, — so scheint mir das Princip unter b eine Inconsequenz zu enthalten und halte ich die Schwarze'sche Ansicht für die richtigere.

§. 3

Die Unrichtigkeit des Princips unter a ergiebt sich meines Erachtens besonders dadurch, daß man sich klar macht, wozu überhaupt Collegial-Strafgerichte erforderlich sind?

Die Formulare der alten Strafurtheile lauteten, nachdem der Thatbestand des als erwiesen angenommenen Verbrechens kurz angegeben war, es werde Beschuldigter, „ihm selbst zur wohlverdienten Strafe, Andern aber zum warnenden (bei Todesstrafe „abschreckenden") Beispiel, zu . . . Jahren Zuchthaus (Arbeitshaus) verurtheilt."

Bei Gefängnißstrafen pflegte die Rescriptsform angewandt zu werden und fehlten die hervorgehobenen Worte.

In ihnen ist der Zweck der Strafe kurz und bündig ausgedrückt, dem Worte der heiligen Schrift entsprechend, wo es heißt: „denn sie (die Obrigkeit, hier das Strafgericht) ist Gottes Dienerin, dir zu gut. Thust du aber Böses, so fürchte dich, denn sie träget das Schwert nicht umsonst, sie ist Gottes Dienerin, eine Rächerin zur Strafe, über den der Böses thut."[3])

Soll das Strafgericht als Gottes Diener Strafen verhängend, so muß es sich von der Schuldfrage überzeugen und das Strafgesetz richtig anwenden auf die erwiesene That. Jeder Votant muß alle einzelnen Prämissen seines Voti, objectiven Thatbestand, Ueberführung des leugnenden Beschuldigten, dessen gesammte Persönlichkeit, die ihm zur Seite stehenden Milderungsgründe, etwaige Straftilgungsgründe u. s. w. bei sich erwägen, so viel nöthig sein Votum durch Darlegung seiner Anschauungsweise des ganzen Falls mit seinen Einzelnheiten motiviren und darnach sein Schluß-Votum abgeben.

Dadurch, daß das Strafgericht aus mehreren physischen

[3]) Röm. 13, 4.

Digitized by Google

Personen besteht, von denen jede in gleicher Weise verfährt, wird das subjective Urtheil des Einzelnen geläutert und berichtigt durch das hinzutretende Urtheil der andern Mitglieder des Gerichts, es nimmt einen mehr objectiven Character an, es wird, — wie es in unsern ältern Landesgesetzen so schön heißt, — eine „Gott wohlgefällige Justiz" geübt, wenn jedes Mitglied des Gerichts mit Begeisterung für seinen Beruf erfüllt ist und das Bewußtsein seiner eigenen Verantwortlichkeit für den Gerichtsbeschluß, hier die Richtigkeit der erkannten Strafe, in sich trägt. Dieses Bewußtsein der eigenen Verantwortlichkeit für den Gerichtsbeschluß wird dagegen zerstört, wenn der einzelne Votant nicht mehr in der Lage ist, sein Urtheil über die Totalität des zu entscheidenden Straffalls abzugeben, sondern er angestrengt wird, eine der Prämissen, worauf sein subjectives Urtheil über den ganzen Straffall beruhen muß, gegen seine Ueberzeugung seinem Urtheil zu Grunde zu legen. Das Strafurtheil wird zu einem Rechenexempel. Wenn A freispricht wegen eingetretener Verjährung, B weil er annimmt, daß die Handlung nicht bewiesen ist und C weil er dafür hält, daß die anscheinend strafwürdige Handlung überhaupt unter kein Strafgesetz fällt, so ist die Freisprechung einstimmig beschlossen, das Objective der Beurtheilung tritt in diesem auf Freisprechung gerichteten Beschlusse hervor und es kann unerörtert bleiben, wie der Einzelne zu diesem Endresultate gelangt.

Um dem §. 156 Abs. 4 u. 5 der revidirten Strafproceßordnung vom 5. April 1859 dahin lautend:

„In allen Fällen, in welchen der Richter über die Thatfrage zu entscheiden berufen ist, muß in dem entscheidenden Theile des verurtheilenden Erkenntnisses die That, deren der Beschuldigte für überwiesen angenommen ist, ausdrücklich hervorgehoben werden.

„Dasselbe gilt, wenn der Richter die als erwiesen angenommene That für nicht strafbar hält."

zu genügen, würde dem wahren Sachverhalt entsprechend, das Urtheil etwa dahin gefaßt werden:

„Wenn gleich die Majorität des Gerichts sich dahin ausgesprochen hat, daß der Beschuldigte die in der Beschuldigung enthaltenen angeblich beleidigenden Worte gesprochen habe, daß

Digitized by Google

sie den Thatbestand einer strafbaren Injurie enthalten und daß eine Verjährung nicht eingetreten sei, so hat doch eine Strafe um deswillen nicht erkannt werden können, weil nach den Grundsätzen über Berechnung der Stimmen im §. 157 der revidirten Strafproceßordnung eine absolute Stimmenmehrheit für die Bestrafung des Beschuldigten sich nicht ergab, wenn die auf Freisprechung wegen mangelnden Beweises, die auf Freisprechung wegen mangelnden Thatbestandes eines Criminalverbrechens und die auf Freisprechung wegen eingetretener Verjährung gerichtete Stimme zusammen gerechnet werden."

Ich gebe zu, daß eine solche Fassung eines Urtheils etwas Ungewöhnliches ist, allein nur deshalb, weil ein solcher Fall überhaupt selten, fast nie vorkommt.

Wenn im N. Magazin Bd. 4 pag. 401 wörtlich gesagt ist: „Die Frage, in welcher Weise die Abstimmung in Strafsachen in einem Richtercollegium zu geschehen habe, ist zwar schon wiederholt behandelt worden. Gleichwohl scheint keine der verschiedenen bisher vorgetragenen Ansichten eine allgemeine Anerkennung in der Praxis gefunden zu haben" und wenn daneben die legislative Thätigkeit ebendaselbst pag. 422 u. 423 in der Weise für wünschenswerth erachtet wird, wie oben im §. 1 bemerkt worden, so sollte man glauben, daß Streitigkeiten über Computation der Stimmen in Strafsachen sehr häufig vorkommen.

Meiner eigenen Erfahrung nach gehören Zweifel und Streitigkeiten über Berechnung der Stimmen in Strafsachen zu den alleräußersten Seltenheiten und liegt kein Grund vor, die Frage über Stimmenberechnung in Strafsachen genauer festzustellen, als solches durch die Verordnung vom 22. Febr. 1823 und den §. 157 der revidirten Strafproceßordnung geschehen, welche, so viel das im §. 1 hervorgehobene so höchst bedenkliche Princip betrifft, auf ganz gleichem Standpunkte stehen.

Um jedoch mich darüber zu vergewissern, ob diese meine Erfahrung auch von älteren Mitgliedern unserer Landesjustiz-Collegien getheilt werde, habe ich im August d. J. mehrere derselben durch einige in Umlauf gesetzte Circulare ersucht, sich über die hervorgehobene Frage, über Bedürftigkeit einer legislativen Thätigkeit zu äußern.

Digitized by Google

Elf Herren, welche sämmtlich stimmführende Mitglieder der ehemaligen Königlichen Justiz-Canzleien gewesen und zwar in der Weise, daß dadurch die Erfahrungen einer überwiegenden Mehrzahl der ehemaligen Justiz-Canzleien einen Ausdruck finden und welche großentheils nach dem Jahre 1852 eine hervorragende Thätigkeit in Strafsachen zu entwickeln Gelegenheit gehabt haben, haben über obige Frage sich zu äußern die Gefälligkeit gehabt und es haben 9 derselben meine eigene Erfahrung bestätigt, 2 derselben jedoch bemerkt, daß allerdings Fälle vorgekommen seien, bei denen sich das Unzureichende der gesetzlichen Vorschriften über die Stimmenberechnung fühlbar gemacht habe.

Ich werde später auf diese Fälle zurückkommen und bemerke hier nur, daß die von der einen Seite skizzirten Fälle auf die Zeit der Gültigkeit der Verordnung vom 22. Febr. 1823, die von der andern Seite gegebenen Notizen dagegen auf die Zeit der Gültigkeit des §. 157 der revidirten Strafproceßordnung sich beziehen.

Bis dahin, daß etwa durch ein General-Rescript des Kgl. Justiz-Ministerii sämmtlichen Strafgerichten des Königreichs Gelegenheit gegeben wird, sich über diese Frage zu äußern, und dadurch ein vollständigeres Material herbeigeführt wird, nehme ich an, daß das oben von mir Bemerkte richtig ist.

§. 4.

Schon bei einer früheren Gelegenheit[4]) habe ich mich dahin ausgesprochen, daß nach meiner praktischen Erfahrung die Verordnung vom 22. Februar 1823 constant dahin ausgelegt sei, wie ich es für das Richtige halte, und daß diese Usualinterpretation bei Fragen der vorliegenden Art besondere Beachtung verdiene.

Hiergegen wird im N. Magaz. Bd. IV. S. 404 Note 2 bemerkt:

„daß man in vielen Collegien die im Text bekämpfte Art der Stimmenzählung unbedenklich etwa angewandt habe, ist noch kein Beweis für deren Richtigkeit."

Zur Unterstützung meiner Ansicht nehme ich nachträglich

---

[4]) Vergl. Magaz. Bd. 8 S. 271 Abs. 2, 3 u. 6.

Digitized by Google

Bezug auf C. 12 §. 5 Cod. de R. C. (4. 1) wo der „observatio judicialis“ bei Eidesleistungen eine bindende Kraft beigelegt ist, auf C. 11 Cod. de injuriis (9, 35) wo dem „mos judiciorum“ abgesehen von den in C. 11 Cod. cit. selbst eingeführten Abänderungen auch für die Zukunft seine Geltung bei Behandlung der Injurienſachen bewahrt bleibt und auf das bekannte cap. 9 X. de consuetudine (1. 4).

Hofacker, in seinen principiis juris civilis Tom 1. §. 127 der Ausgabe Tubingae 1788, welcher früher für eine bedeutende Autorität galt, sagt sehr treffend: „Sed tamen in rebus dubiis et ubi interpretationi doctrinali locus est, in argumentis forensibus cautius est antecessorum auctoritatem sequi, quam suo sensu nimis abundare.“[5])

Ich möchte daher so lange bis ich eines Bessern belehrt werde, dafür halten, daß gerade bei Beantwortung dieſer Frage, worüber weder in der Verordnung vom 22. Febr. 1823, noch in dem §. 157 der revidirten Strafproceßordnung eine ausdrückliche Bestimmung getroffen ist, der richterlichen Usualinterpretation eine ganz besondere Bedeutung beizulegen sei.

Ich habe in die oberwähnten Circulare daher die Frage inserirt:

„Ist in der ehemaligen Königlichen Justiz-Canzlei, welcher der geehrte Herr angehörte, jemals die Verordnung vom 22. Februar 1823 so ausgelegt, d. h. durch Gerichtsbeschluß ausgelegt, daß ein Mitglied des Gerichts, welches für Freisprechung wegen mangelnden Beweises gestimmt hatte, als verpflichtet angesehen worden auf Grund des die Ueberführung annehmenden Majoritäts-Beschlusses für eine Strafe zu stimmen?“

und haben 12 ehemalige Mitglieder Königlicher Justiz-Canzleien, außer den oberwähnten 11 noch einer, dieselbe einstimmig verneint, zum Theil mit Zusätzen, welche bekunden, daß das Gegentheil wohl schwerlich Aussicht auf Billigung eines Justiz-Collegii haben dürfte.

Nach meinen eignen Erfahrungen ist diese Ansicht ein ein-

---

[5]) Vergl. auch Möser's patriotische Phantasien. Berlin 1804. Thl. 1. Nr. 22.

Digitized by Google

ziges Mal in der Strafkammer des hiesigen Königl. Obergerichts, am 10. Febr. 1855, in Untersuchungssachen c. W. u. Comp., unter meinem Dissens angenommen, später aber niemals wieder. Da die beiden Votanten, welche das Princip damals vertraten, auch die Strafe concludirten, so hatte es keinen praktischen Effect. Ein Zwangsmittel, für die Strafe zu votiren, nachdem ich die Schuldfrage verneint, ist gegen mich nicht angewandt.

§. 5.

Im Neuen Magazin Bd. 4. S. 421 ff. wird auch auf verschiedene andere deutsche Strafproceßordnungen Bezug genommen, um das im §. 1 hervorgehobene Princip zu stützen, und erblicke ich in einer solchen Bezugnahme an und für sich die Heranziehung einer wichtigen Autorität.

Wenn jedoch zunächst auf die Braunschweig'schen Strafproceßordnungen bezw. vom 22. Aug. 1849 und 21. October 1858 Bezug genommen ist, so möchte ich dieselben für die von mir vertheidigte Meinung anführen.

Beide stimmen nach S. 421 Note 13 und S. 422 Zeile 3, darin überein, daß die Schuldfrage nur durch einen einstimmigen Wahrspruch festgestellt werden kann.

Das im §. 1 hervorgehobene höchst bedenkliche Princip, daß der bei der Abstimmung über die Schuldfrage überstimmte Richter die Entscheidung der Majorität als bindende Vorentscheidung für die Straffrage anzuerkennen habe, kann daher in Braunschweig gar nicht vorkommen. Es giebt bei der Schuldfrage keinen überstimmten Richter. Der Gewissenszwang der darin liegen würde, einen Richter, der die Schuldfrage verneint, anzustrengen, nun doch zu strafen, wird durch die Braunschweig'schen Strafproceßordnungen als ungehöriger Gewissenszwang anerkannt, also gerade die von mir vertheidigte Meinung gebilligt. Der Umstand, daß das Resultat der Abstimmung über die Schuldfrage, der s. g. Wahrspruch zuerst selbstständig publicirt wird, ist an sich etwas ganz Gleichgültiges, trägt dazu bei, die Verhandlungen vor dem Gerichte abzukürzen.

Strafanträge brauchen nicht gestellt und nicht bekämpft zu werden, können gar nicht gestellt werden, wenn die Schuldfrage

Digitized by Google

auch nur von Einem Mitgliede des Strafgerichts verneint wird.

Man kann daher für Braunschweig das im §. 1 hingestellte Princip etwa dahin fassen:

Die Schuldfrage ist stets von den Straffragen zu trennen. Die bei der Abstimmung über die Schuldfrage die Majorität bildenden Richter haben die Entscheidung der Minorität als bindende Vorentscheidung für die Straffrage anzuerkennen.

Die Oldenburg'sche Strafproceßordnung vom 2. Novbr. 1857 ist zufällig in meinem Besitz. Der in Bezug genommene Art. 23 derselben lautet wörtlich dahin:

§. 1. Alle Gerichte können in Straffachen nur in ungleicher Zahl der Mitglieder entscheiden. Die Entscheidung wird nach Stimmenmehrheit gefaßt.

§. 2. Bilden sich über dieselbe Frage mehr als zwei verschiedene Meinungen, deren keine die Mehrheit für sich hat, so sind die dem Beschuldigten nachtheiligsten Stimmen den zunächst minder nachtheiligen so lange hinzuzuzählen, bis sich die Mehrheit ergiebt. Ist es zweifelhaft, welche Meinung die nachtheiligere ist, so ist darüber besonders abzustimmen.

§. 3. Bei der Abstimmung über die Strafe müssen auch die Mitglieder, welche den Beschuldigten für unschuldig befunden haben, mitstimmen.

Ob die Oldenburg'schen Gerichte den §. 3 dem v. Bar'schen Principe entsprechend auslegen? weiß ich nicht. Allein ich glaube, daß der §. 3 des Art. 23 auch sehr wohl mit meiner Meinung vereinbar ist. Die Sache liegt grade so, wie hier in Hannover zur Zeit der Indicienverordnung vom 25. März 1822 und der Verordnung vom 22. Febr. 1823, wo die Ueberführungsfrage durch eine Abstimmung auf Grund der ersteren, die Straffrage durch eine gesonderte Abstimmung auf Grund der letzteren festgestellt ward.

Es fiel derozeit Niemandem ein, die erstere Abstimmung als „bindende Vorentscheidung" für die zweite Abstimmung anzusehen, und nehme ich auf das im Magazin Bd. 8 Seite 274 Gesagte Bezug.

Der Oldenburg'sche Richter muß nach §. 3 des Art. 23 bei der Straffrage mitstimmen, allein ob er dem §. 2 des Art. 23 cit. analog für die gelindeste Strafe oder aber, sein Prin-

Digitized by Google

ripalvotum gänzlich aufgebend, für eine härtere Strafe stimmen will, hängt lediglich von seiner pflichtmäßigen Erwägung ab. Die Verantwortung für das eine oder das andere trägt er selbst und Niemand kann ihm Zwang auflegen.

Die Oesterreich'sche Strafproceßordnung §. 24 Abs. 3, die mir nicht vorliegt, entspricht nach dem im N. Magaz. Bd. 4 Seite 423 Bemerkten ganz meiner Ansicht und schließt sich dem an, was ich aus der Hannover'schen Verordnung von 22. Febr. 1823 herauslese.

Auch die Sächsische Strafproceßordnung von 1835 und der Seite 423 Note 16 allegirte Commentar von Schwarze ist mir nicht zur Hand. Nach demjenigen was ich oben im §. 2 über S. 93 ff. der Schwarze'schen Schrift über das deutsche Schwurgericht bemerkt habe, ist es mir zur Zeit nicht klar, ob Schwarze wirklich in der Abstimmung über die Schuldfrage eine die Minorität „bindende Vorentscheidung" erblickt. Dasjenige was S. 423 aus dem Art. 9 abgedruckt ist, läßt es meines Erachtens durchaus unentschieden, ob die sich gegenseitig bedingenden Fragen nicht auf Vorfragen, Competenz des Gerichts und dergl. mehr zu beschränken sind. Sollte aber auch anzunehmen sein, daß die Schuldfrage bezw. Strafffrage unter Art. 9 mit begriffen sei, so wird das in der Sächsischen Strafproceßordnung Enthaltene durch das in andern deutschen Strafproceßordnungen Enthaltene wesentlich abgeschwächt.

§. 6.

Im §. 3 zu Ende habe ich mir vorbehalten, auf diejenigen Fälle zurückzukommen, welche das Unzureichende der gegenwärtig bestehenden gesetzlichen Vorschriften darthun sollen.

1. Der erste Fall wird von einem ehemaligen Mitgliede der K. Justiz-Canzlei zu Osnabrück, welche bekanntlich in mehrern Beziehungen nach Preußischem Rechte zu erkennen hatte, dahin skizzirt:

„In einem Falle wegen Körperverletzung war die Verjährungsfrage nach Preußischem Rechte zu beurtheilen. Von 7 Votanten waren 6 der Meinung, daß die in concreto zu erkennende Strafe maßgebend sei, nur 1 Votant wollte das im Gesetz gedrohte maximum entscheiden lassen.

Digitized by Google

„Von den ersten 6 Votanten stimmten 3 für 8 Monat Arbeitshaus, 3 für 4 Monat, folgerecht für Freisprechung wegen Verjährung, der 7. Votant für 4 Monat Arbeitshaus, nicht für Verjährung.

„Hierauf war also zu erkennen, obwohl klar vorlag, daß bei Ergreifung eines Rechtsmittels dasselbe Collegium sein Urtheil wegen Verstoßes gegen die Verjährungsvorschriften mit 6 Stimmen gegen 1 als nichtig cassiren würde."

Fällt gleich diese Entscheidung in die Zeit vor der Gültigkeit der revidirten Strafproceßordnung vom 5. April 1859, so scheint es doch zweckmäßig, diese letztere als Maßstab anzunehmen, da ja die Art der Abstimmung und die Stimmenzählung in Strafsachen nach Maßgabe dieser Strafproceßordnung Gegenstand dieser Erörterung ist.

Die Schuldfrage kommt in dem hier skizzirten Fall nicht in Betracht. Daß die Verjährungsfrage unter Umständen eine Vorfrage bilden kann, habe ich bereits im Magazin Bd. 8 pag. 281 anerkannt, und scheint mir die Frage:

ob nach dem (mir nicht vorliegenden) Preußischen Verjährungsgesetze die in concreto zu erkennende, oder die im Gesetz angedrohete höchste Strafe maßgebend sei?

wohl geeignet, durch einen Vorbeschluß des Gerichts, bindend für die spätern Abstimmungen entschieden zu werden. Allein wird dieses nicht einstimmig beliebt, so weiß ich nicht, wie die Majorität die Minorität zwingen will, solches zu genehmigen.

Träte also letzterer Fall ein, so bliebe rechtlich, um dem §. 156 der revidirten Strafproceßordnung zu genügen, nichts übrig, als, dem Vorschlage im §. 3 analog, das Urtheil etwa dahin zu fassen:

Wenn gleich eine überwiegende Majorität des Gerichts sich dahin ausgesprochen hat, daß nicht die im Gesetz angedrohete höchste Strafe, sondern die für den vorliegenden Fall, einmal vorläufig von der Verjährung abgesehen, zu erkennende Strafe maßgebend sei, demnach jedoch diese Meinung nicht allgemein angenommen ist und daher nach den Vorschriften des §. 157 der revidirten Strafproceßordnung Abs. 2, die dem Beschuldigten nachtheiligsten Stimmen den ihnen am nächsten kommenden minder nachtheiligen hinzuzuzählen gewesen sind; so

Digitized by Google

wird der Beschuldigte zu einer 4monatigen Arbeitshausstrafe verurtheilt.

Ich erkenne für diesen Fall, — der wesentlich verschieden zu sein scheint von dem im §. 1 als bedenklich bezeichneten Princip, — vollkommen an, daß es sich empfiehlt und meines Erachtens als unbedenklich erscheint, dem Vorschlage unter 2 im N. Magazin Bd. 4, S. 420 entsprechend, gesetzlich vorzuschreiben:

Bei Straftilgungsgründen ist die Abstimmung von der Abstimmung über die Schuldfrage vollkommen unabhängig und der Beschluß der Majorität für die Minorität des Gerichts bindend.

Durch eine solche Ergänzung des §. 157 cit. würde eine allerdings unpassende Entscheidung, wie sie in dem hervorgehobenen Fall nicht zu vermeiden ist, ausgeschlossen.

2) Der zweite mitgetheilte Fall ist in der Kürze folgender:

Eine außerehelich Geschwängerte wird des Kindesmords angeklagt, nach vorgängiger vorsätzlicher Veranstaltung einer hülfslosen Niederkunft. Alle 7 Votanten (der Fall rührt gleichfalls aus der Zeit des alten Strafverfahrens her) sind darüber einverstanden, daß eine Bestrafung wegen Kindesmord nicht eintreten kann, weil zur Zeit des Auffindens der Kindesleiche das Leben des Kindes nicht genügend festgestellt werden konnte. Deßhalb sind 3 Votanten einfach für Absolution von der Instanz in Ansehung des Kindesmordes, auch die übrigen 4 Votanten sind hiermit einverstanden, 3 derselben stimmen jedoch auf Grund des Art. 238 des Hannover'schen Criminalgesetzbuchs Abs. 1, für die Strafe des Versuchs und arbitriren diese auf 5 Jahre Zuchthaus, während der 7. Votant den Abs. 2 des Art. 238 cit. für anwendbar hält und die Strafe der fahrlässigen Tödtung auf 6 Monat Arbeitshaus arbitrirt.

Daß das Conclusum auf diese Strafe geht, wird als zweifellos anzusehen sein, für zweifelhaft dagegen ward bei Mittheilung dieses Falls betrachtet, wie die Gründe des Urtheils zu fassen seien?

Ich habe wenig Bedenken, daß der Art. 238 Abs. 2 auch noch §. 156, Abs. 3 und 4 der revidirten Strafproceßordnung in dem Urtheil zu allegiren ist, und sind mir mehrere ähnliche

Digitized by Google

Fälle bekannt, wo in dieser Weise verfahren ist. Denn das Votum, was nach §. 157 Abs. 2 den Ausschlag giebt, muß auch die Wirkung haben, daß die diesem Voto unterliegende Gesetzes-Vorschrift als die entscheidende Norm allegirt wird, sonst würden ja Gründe und Entscheidung in Widerspruch stehen.

Glaubt die Majorität, daß es bedenklich sei, einen solchen Entscheidungsgrund, des Princips wegen, ohne Weiteres in das Urtheil aufzunehmen, so wird es derselben freistehen, eine solche Fassung zu wählen, wie sie so eben unter 1. redigirt ist. Dabei wird selbstverständlich die Vorschrift des §. 156 Abs. 2 der revidirten Strafproceßordnung zu beachten „und das Zahlenverhältniß der Stimmen in die zu verkündende Entscheidung nicht aufgenommen werden dürfen."

3) Die übrigen mitgetheilten Fälle sind in so allgemeinen Ausdrücken skizzirt, daß eine nähere Beleuchtung derselben nicht wohl thunlich ist.

Ich habe jedoch kein Bedenken mich wiederholt dahin auszusprechen, daß ein dringendes Bedürfniß, „die Frage über Stimmenberechnung in Straffachen genauer festzustellen, als solches durch §. 157 der revidirten Strafproceßordnung geschehn", nicht vorliegt.

§. 7.

Gegen meine Ansicht ist geltend gemacht, „daß ein Gericht höherer Instanz nicht im Stande sei, zu prüfen, ob, wenn die Thatfrage sich so verhalte wie im Urtheile angenommen sei, die ausgesprochene Strafe eine gesetzliche sei?" [6]).

Daß ein Widerspruch zwischen dem im Urtheil enthaltenen Thatbestande und der Entscheidung nicht stattfinden darf, erkenne ich vollkommen an, und glaube durch die in den §§. 3 und 6 enthaltenen Beispiele Anhaltspunkte gegeben zu haben, wie ein solcher Wiederspruch zu vermeiden sei.

Eine wahrhafte Darstellung des Sachverhalts hat ihre innere Berechtigung und steht zu erwarten, wie eine Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund des §. 221 Nr. 7, 8 und 9, gegenüber einer so gefaßten Entscheidung, demnächst beurtheilt wird.

---

[6]) N. Magazin. Bd. 4. S. 409. Abs. 4.

Digitized by Google

Allein das hervorgehobene Bedenken führt auf die Frage: Ist eine Berufungsinstanz in Polizei-Straffachen und bei leichten Straffällen, also mit anderen Worten gegen die Entscheidungen der Schöffengerichte und Strafkammern beim mündlichen Verfahren überhaupt angemessen?

Diese Frage glaube ich verneinen zu müssen. Beim Schwurgericht ist die Berufung bereits ausgeschlossen und was von den schweren Straffällen gilt, das wird unbedenklich auch auf die leichten Straffälle übertragen werden können. Das was die mündliche Verhandlung erster Instanz bietet, kann in zweiter Instanz gar nicht in der Weise reproducirt werden. Die wiederholte Beeidigung derselben Zeugen in mündlicher Verhandlung erster und zweiter Instanz ist eine sehr bedenkliche Sache. Ein subornatio testium ist dadurch leichter ermöglicht und dem gewissenhaften Zeugen muß es fast als Gewissensbeschwerung erscheinen, zweimal über denselben Sachverhalt vernommen zu werden. Recht oft sprechen gerade gewissenhafte Zeugen in der mündlichen Verhandlung einer Straffache den Wunsch aus, ihnen ihre frühere Aussage wieder vorzulesen, und wenn sie versichern, sich jetzt der Sache nicht so genau zu erinnern als früher, wo sie wahrheitsgemäß deponirt hätten und wo ihnen ihre Aussage vorgelesen ist, was bekanntlich bei der mündlichen Verhandlung nicht geschieht, so halte ich es, unter gehörigen Vorsichtsmaßregeln (Ermahnung, daß sie jetzt ihrem geleisteten Eide gemäß deponiren müßten u. s. w.) für unbedenklich, ihrem Wunsche stattzugeben.

Als ich vor Jahren am Rhein mich bemühete, das französische Strafverfahren in seiner praktischen Anwendung kennen zu lernen, erschien mir die Rechtsmittelinstanz sofort die bedenklichste Seite dieses Verfahrens zu sein. Wird das Rechtsmittelverfahren aufgehoben, so führt dieses von selbst dahin, dem Verfahren erster Instanz größere Aufmerksamkeit zu widmen, namentlich Sorge zu tragen, daß für die gründliche Verhandlung jeder Polizei-Straffache die erforderliche Zeit da ist.

Eng zusammen hängen hiemit die beachtenswerthen Vorschläge in der zu Eingang dieses Aufsatzes angeführten Schrift des General-Staatsanwalts Schwarze zu Dresden „das deutsche Schwurgericht und dessen Reform."

Digitized by Google

Auf die im 6. Bande Seite 323 dieser Zeitschrift enthaltene kurze Anzeige Bezug nehmend, hebe ich noch specieller hervor, daß nach der Schwarze'schen Ansicht Schöffengerichte über alle der Strafjustiz zugehörigen Verbrechen urtheilen sollen und zwar, in Einem Collegio vereint, 3 Richter und 6 Schöffen in den den Schwurgerichten und Collegial-Strafgerichten überwiesenen Fällen, und 1 Richter und 2 Schöffen in den den Einzelrichtern überwiesenen Fällen, letzteres also ganz den Hannoverschen Schöffengerichten conform.[7])

Warum nicht, wie bislang im Königreich Hannover, einschließlich des Präsidenten 5 Schwurrichter und 8 Schöffen mitwirken sollen, vermag ich nicht abzusehen. In Ansehung der jetzigen Hannover'schen Schöffengerichte aber verdiente es vielleicht Erwägung, ob, bei dem engen Zusammenhange zwischen Polizei-Strafgewalt und Polizei-Verwaltung, diese Schöffengerichte mit 1 Richter, 1 Administrativ-Beamten und einem der bisherigen Schöffen zu besetzen und dann das Gesetz vom 28. April 1859 über die Untersuchung und Aburtheilung von Polizeivergehen durch die Verwaltungsbehörden, — welches während der kurzen Dauer seines Bestehens wohl wenig Anerkennung gefunden hat, — gänzlich wieder aufzuheben sei.

Sehr beachtenswerth ist die Schwarze'sche Ausführung, daß, ganz dem §. 147 der revidirten Strafproceßordnung conform, das Schöffengericht eine Strafinstruction verfügen kann, während solche zur Zeit nach §. 196 der revidirten Str.-Pr.-Ord. in Schwurgerichtssachen lediglich von dem Ermessen des Präsidenten des Schwurgerichts abhängt.[8])

Höchst bedenklich scheint mir dagegen, wenn Schwarze (S. 174) die Strafabmessung den gelehrten Richtern ausschließlich überweisen und den Schöffen nur einen Beirath gestatten will. Dadurch wird die so vortreffliche Einheit des Gerichts wieder zerstört, und kann ich nicht glauben, daß bei deutschen Gesetzbüchern unter steter Einwirkung der gelehrten Richter Uebelstände zu besorgen wären.

Schwarze selbst nimmt (S. 173) auf die Handelsgerichte Bezug, in welchen das rechtsgelehrte und das bürgerliche Ele-

[7]) Vergl. Schwarze Schwurgericht S. 178.
[8]) Vergl. ebendas. S. 170.

Digitized by Google

ment gleichmäßig vertreten sei. Allein in den Handelsgerichten entscheiden ja auch rechtsgelehrte Richter und zugezogene Beisitzer aus dem Handelsstande über alle der Beurtheilung unterliegende Fragen.

Auch glaube ich auf die Zusammensetzung des General-Kriegsgerichts seit der Verordnung vom 30. Juli 1821[9]) Bezug nehmen zu dürfen. Auch hier entscheiden rechtsgelehrte Richter und höhere Officiere in ganz gleicher Weise.

Unser jetziges Schwurgericht, in seiner französischen Gestalt im Allgemeinen auf uns überkommen, ist ein Special-Gerichtshof, eine „commisso“ im Sinne der Oberappellations-Gerichtsordnung Th. II. Tit. 1 §. 4, indem das Präsidium des Königl. Oberappellationsgerichts die Präsidenten der Schwurgerichtshöfe, das Präsidium des betreffenden Obergerichts die beisitzenden Richter ernennt.

Finden die Schwarze'schen Vorschläge Anklang, so werden die ordentlichen Gerichte wieder in ihr Recht eingesetzt. Das betreffende Obergericht ergänzt sich mit der erforderlichen Zahl von Beisitzern (Schöffen) und urtheilt sofort nach beendeter Voruntersuchung. Der Dienst der Geschworenen wird trotz des Umstandes, daß sie bei mehreren Sachen mitwirken, wesentlich erleichtert werden (Seite 178), indem für sämmtliche an einem Tage zu verhandelnden Strafsachen die Schöffen mitwirken.

Ich schließe diese Andeutungen mit dem Wunsche, daß eine hochverehrliche Redaction die Hand dazu biete, diesen so wichtigen Schwarze'schen Vorschlag des weiteren zu besprechen, indem dadurch die Wahrheit mehr gefördert zu werden scheint, als durch eine Erörterung in einzelnen Brochüren.

Seit langen Jahren betrachtete ich das Schwurgericht in seiner französischen Gestalt als ein nothwendiges Uebel, nothwendig, weil man einem Richter-Colleg, und bestände es aus der altdeutschen Zahl von 7 Richtern, nicht so viel bleibende Macht anvertrauen wird, so lange Stände dabei mitzuwirken haben, um erst ein Schuldig über den leugnenden Angeschuldigten auszusprechen und dann ihn mit der Todesstrafe zu belegen.

Einem aus 13 Personen bestehenden Schöffengerichte, in

[9]) Hannoversche Gesetzsammlung 1821 1. Abth. S. 250.

Digitized by Google

welchem 8 Geschworene aus dem Volke hervorgehen und in dasselbe zurücktreten, kann man dagegen solche Macht anvertrauen.

Auch die deutsche Rechtsgeschichte entspricht meiner Ansicht.

Nach Art. 22 der Carolina konnte bekanntlich peinliche Strafe nicht auf „einicherley anzeygung, argkwons, warzeychen oder verdacht" sondern nur „auf eygen bekennen oder beweisung . . . und nit auff vermutung oder anzeygung" erkannt werden.

Um bei fehlendem substantiirten Geständniß und nicht herzustellenden directen Beweise eine Verurtheilung des leugnenden Verbrechers herbeizuführen, wurde zunächst durch ein besonders, durch Rechtsmittel anfechtbares Urtheil, auf Tortur erkannt. Hatte der Angeschuldigte ohne zu bekennen die Marter überstanden, so ward er nach Art. 61 der C. C. C. völlig freigesprochen, im Fall eines Bekenntnisses dagegen, jedoch nur unter besonderen gesetzlichen Voraussetzungen, nach Art 60 mit der ordenlichen Strafe des ihm zur Last gelegten Verbrechens, möglicher Weise sogar mit der Todesstrafe, belegt.

Durch die Indicien-Verordnung vom 25. März 1822 ward die Tortur im Königreich Hannover abgeschafft und durch §. 6 derselben vorgeschrieben:

„Wird der leugnende Angeschuldigte für überführt angenommen, so muß auf die gesetzliche Strafe, unter Berücksichtigung der ihm zu Statten kommenden Milderungs-Gründe, erkannt werden."

Der Nothbehelf der außerordentlichen Strafe (einer Verdachtsstrafe) wie ihn die Preußische Criminalordnung von 1805 kennt, ward hierdurch ausgeschlossen.

Die schützenden Formen, Beweisregeln, Ausschluß der Todesstrafe u. s. w. welche diese Verordnung enthält, habe ich bald nach dem Erscheinen dieser Verordnung, mehrfach von bedeutenden Autoritäten des nicht hannoverschen Deutschlands rühmend und anerkennend beurtheilen gehört.

Da ich erst nach Emanirung der Verordnung vom 25. März 1822 in Dienst getreten bin, so bin ich nicht in der Lage gewesen, die Beschlußfassung in Ansehung eines Urtheils auf Tortur mit anzuhören oder daran Theil zu nehmen, das aber kann ich mit völliger Zuversicht versichern, daß eines der gewiegtesten

Digitized by Google

Mitglieder der höheren Landesgerichte des Königreichs Hannover, welches mehrfach solche Urtheile mit concludirt hatte, einst in den Jahren 1827—1830 sich dahin äußerte:

„Man verkenne die eigentliche Bedeutung der Tortur gänzlich. Diejenigen Indicien, welche nach der Praxis der Hannover'schen Gerichte erforderlich gewesen wären, um auf Tortur zu erkennen, würden nach der Verordnung vom 22. März 1822 ausreichen, um eine Verurtheilung auszusprechen."

Gerade weil ich etwas Aehnliches vorher nie gehört hatte, hat diese Bemerkung sich meinem Gedächtniß tief eingeprägt.

Die Erfahrungen auf Grund der Indicien-Verordnung vom 22. März 1822, wonach ungemein viele absolutiones ab instantia erfolgen mußten, wo jetzt Verurtheilungen eintreten würden, und die Strömung der Zeit führte zur freien Beweistheorie in Strafsachen und zum Schwurgericht für schwerere Straffälle, wobei man im Jahre 1848 die Vorschriften des französischen Verfahrens gewissermaßen in Bausch und Bogen annahm, wie die ständischen Verhandlungen erweisen.

Jetzt nach Verlauf von etwa 15 Jahren wieder einen Schritt weiter zu gehen, als im Jahre 1822 und 1850, wo das provisorische Gesetz, das mündlich öffentliche Verfahren mit Geschworenen betreffend vom 24 Decbr. 1849 vom 1. März, ins Leben trat, und nun die Functionen des Schwurgerichts einem ständigen Richter-Collegio ohne das bürgerliche Element der Geschworenen zu übertragen, heißt, meines Erachtens, die 300jährigen Traditionen und das Rechtsbewußtsein des deutschen Volks während einer so langen Zeit gänzlich verkennen.

Durch die Schwarze'schen Vorschläge ist eine vortreffliche Grundlage gegeben, auf welcher die Mängel, namentlich der Formenkram des Schwurgerichts beseitigt und ein lebensfähiges Organ für Handhabung der Strafrechtspflege geschaffen wird.

Digitized by Google

6. Verzicht der Ehefrauen auf die ihnen in Folge des neuen Hypothekengesetzes wegen ihres Brautschatzes am Vermögen ihres Mannes erwachsenen Hypothekenrechte.*)

Vom Herrn A.-R. Mejer in Hildesheim.

Vom Eintritt der Wirksamkeit des neuen Hypothekengesetzes angerechnet, welcher auf den 15. März d. J. bestimmt ist, behalten, wie alle übrigen bis zum 15. März d. J. erwachsenen Pfandrechte, so auch die privilegirten Pfandrechte der Ehefrauen annoch ein Jahr ihre bisherige Geltung. Dann erlöschen auch diese, insofern nicht die erforderlichen Schritte zur Conservation ihrer bisherigen Geltung auch für spätere Zeiten, während des Uebergangsjahrs gethan sind. Nach Beendigung, und hinsichtlich der erst nach dem 15. März d. J. erwachsenen Brautschatzforderungen auch während des Uebergangsjahrs, erübrigt der Ehefrau lediglich, wegen ihres Brautschatzes eine Hypothek am Vermögen ihres Mannes im Sinne des neuen Hypothekengesetzes zu erlangen, und wird diese entweder vertragsmäßig oder, durch Geltendmachung des der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes zustehenden gesetzlichen Rechtstitels zur Hypothek, gleichsam zwangsweise erreicht werden können.

Will nun eine Ehefrau im Uebergangsjahre oder auch später auf die ihr verbliebenen privilegirten Pfandrechte verzichten, so wird dabei diejenige Form gewahrt werden müssen, welche durch die Verordnung vom 28. December 1821 im §. 16 und 31 (Ges.-Sammlung von 1822 Seite 47) vorgeschrieben ist. Ein gleiches Verfahren erscheint aber nicht geboten, wenn die Ehefrau auf in Folge des neuen Hypothekengesetzes zur Sicherung ihres Brautschatzes erworbene Hypotheken Verzicht leisten will, und wird ein solcher Verzicht, wenigstens dem Gläubiger

*) Wir haben geglaubt, diesem Aufsatze, wenn gleich uns die Voraussetzungen, von welchen der Herr Verfasser ausgeht, so wie das Resultat, zu welchem derselbe gelangt, im hohen Grade disputabel erschienen, die Aufnahme nicht versagen zu dürfen, um an maßgebender Stelle die Aufmerksamkeit auf den vorhandenen Zweifel hinzulenken und zugleich um Gelegenheit zu bieten, daß dieser Zweifel auch von anderer Seite besprochen werde. Die Redaction.

Digitized by Google

des Mannes gegenüber, darin bestehen, daß die Ehefrau den ihrer Hypothek zustehenden Rang einem nachstehenden Gläubiger einräumt.

Die Verordnung vom 28. December 1821 bestimmt im §. 16, daß Ehefrauen, welche während der Ehe auf die ihnen wegen ihres Eingebrachten zustehenden Hypotheken- oder Vorzugsrechte verzichten wollen, vor Gericht erscheinen und daselbst nach vorangegangener Belehrung des Gerichts über den Umfang der ihnen zustehenden Rechte und die Folgen ihrer Entsagung, die Verzichtleistung zu Protocoll erklären müssen.

Nach der, den Inhalt der Verordnung generell bezeichnenden Ueberschrift derselben und der dann folgenden Einleitung wird es in der, der Verordnung vorangegangenen Zeit öfter vorgekommen sein, daß Ehefrauen zur mehreren Bekräftigung des hier allein interessirenden Verzichts auf ihre Hypotheken- und Vorzugsrechte, solchen annoch eidlich verstärkt haben. Ein derartiges eidliches Gelöbniß soll nach Inhalt der Verordnung nicht mehr stattnehmig sein, und hat nun die Verordnung für angemessen gehalten, die Form zu bestimmen, in welcher der Verzicht erfolgen soll. Gemeinrechtlich war zur Gültigkeit eines derartigen Verzichts die Beobachtung dessen, was die Verordnung vorschreibt, wohl nicht erforderlich; ein übrigens gehöriger Verzicht genügte.

Welche Motive der Verordnung, indem sie den Verzicht so umständlich formulirte, unterliegen, ob, ähnlich wie bei Intercessionen, die Rücksicht auf die Schwäche der Frauen obgewaltet, oder ob die gewiß gute Absicht, daß der Ehefrau der Gegenstand und die Folgen ihres Verzichts deutlich und vollständig vor die Augen geführt werden sollen, leitend gewesen, ist nicht bestimmt ausgedrückt. Wenn aber erstere Rücksicht bestimmend gewesen, so wäre, da dieselbe mit den römischen Gesetzen nicht im Einklang steht, die nähere Begründung einer Abweichung von dem bisherigen Rechte wohl zu erwarten gewesen, und wird es deshalb nicht ungerechtfertigt erscheinen, wenn man dem anderen Motive überwiegendes Gewicht beilegt, zumal wenn man erwägt, daß eben durch die vorgeschriebenen Förmlichkeiten die volle Wirksamkeit des Verzichts, welche vorher durch eidliche Bekräftigung angestrebt wurde, gesichert werden sollte.

Digitized by Google

Zu einem ordnungsmäßigen Verzicht gehört, daß der Verzichtende des Inhalts und Umfanges des aufzugebenden Rechtes sich bewußt sei. Diese Voraussetzung trifft bei den Frauen, welche, dessen unbewußt, nach römischem Rechte in so außerordentlichem Schutze der Gesetze stehen, wohl nicht, oder doch wenigstens selten zu, und ist es daher gewiß eine zweckmäßige Bestimmung, wenn sie zuvor über den Inhalt ihrer aufzugebenden Rechte belehrt werden sollen. —

Die in der Verordnung bezeichneten Hypotheken- oder Vorzugsrechte beziehen die römisch-rechtlichen, den orthodoxen Ehefrauen kraft des Gesetzes zustehenden Pfandprivilegien. Es können eben nur diese gesetzlichen Vorzugsrechte gemeint sein, weil schon nach allgemeiner Anschauungsweise conventionelle Pfandrechte wegen des Eingebrachten nicht wohl denkbar waren, auch gewiß nie vorgekommen sind, weil eben das Gesetz die Frauen weit sicherer schützte, als vertragsmäßig erworbenes Pfandrecht.

Daß die Verordnung, indem sie im §. 16 vom Verzicht auf Hypotheken- oder Vorzugsrechte spricht, sich diese nicht als verschiedene neben einander bestehende Rechte gedacht, ist schon an sich undenkbar, weil die den Frauen zustehenden gesetzlichen Pfandrechte ohne Weiteres mit den besonderen Vorzugsrechten ausgestattet waren, und muß um so unbedenklicher angenommen werden, daß durch die Partikel „oder" lediglich eine völlige Gleichstellung beider Begriffe habe angedeutet werden sollen, weil die, den Inhalt des §. 16 bezeichnende Marginalbemerkung solchen Inhalt als Verzichte der Ehefrauen auf ihre Vorzugsrechte andeutet, unter solchen Vorzugsrechten aber wiederum nur die hier fraglichen gesetzlichen Pfandprivilegien verstanden werden können.

Zwar könnte man veranlaßt sein, auch das durch das ältere Recht der Ehefrauen hinsichtlich der dos beigelegte privilegium exigendi als ein hier in Frage kommendes Vorzugsrecht in Berücksichtigung zu ziehen; allein da solches durch das den Ehefrauen später beigelegte privilegirte generelle Pfandrecht nutzlos und unpraktisch geworden, so ist schwerlich anzunehmen, daß darauf die Verordnung zu beziehen sei.

Uebrigens wird auch zur Unterstützung des vorher angedeu-

Digitized by Google

teten Verständnisses der hier fraglichen Worte der Verordnung darauf nicht unerhebliches Gewicht gelegt werden dürfen, daß nach bisher gewöhnlicher Auffassung (Usualinterpretation) unter den im §. 16 cit. genannten Hypotheken- oder Vorzugsrechten wohl nur die gesetzlichen Pfandprivilegien der Ehefrauen verstanden sind, und ist außerdem noch in Erwägung zu ziehen, daß, wie weiter unten hervorgehoben werden wird, bei conventionellen Pfandrechten, auf welche die exceptionell gestellten jüdischen und ketzerischen Ehefrauen zur Zeit des Erlasses der Verordnung verwiesen waren, eine Veranlassung zu der in der Verordnung manifestirten Fürsorge in der hier fraglichen Richtung in der That nicht begründet erscheint. —

Wenn nun nach dem neuen Hypothekengesetze fernerhin keine gesetzlichen Pfandrechte entstehen können, so muß man mit gutem Grunde folgern, daß mit dem Verschwinden des Objects des Verzichts, welches die Verordnung vor Augen hat, selbstverständlich der verordnungsmäßige Verzicht keine Anwendung mehr finden kann.

Der Umstand, daß auch jetzt die das Eingebrachte der Frauen sichernden Rechte Hypothekenrechte genannt werden, kann nicht dafür entscheidend sein, daß die Verordnung bei Verzichten auf dieselbe anzuwenden sei; es würde dies nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn die Hypothekenrechte älteren und neuen Rechts identisch wären; das ist aber, wenn man den Entstehungsgrund und die innere Bedeutung der beiden Arten von Hypothekenrechten berücksichtigt, nicht der Fall; sie sind eben nur dem Wortlaute nach einander gleich.

Zwar haben die jetzigen Hypothekenrechte der Ehefrauen insofern eine gesetzliche Basis, als der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes ein gesetzlicher Rechtstitel zur Eintragung einer Hypothek am Vermögen ihres Mannes zur Seite steht; allein der Rechtstitel ist noch keine Hypothek; um diese wirklich zu erlangen, wird stets eine anderweite Thätigkeit vorausgesetzt, es wird also nicht, wie im römischen Rechte durch das Gesetz unmittelbar die Hypothek geschaffen, sondern es hängt vom freien Willen der Berechtigten ab, ob dieselbe überhaupt Existenz erlangen soll. Auf die wesentliche Verschiedenheit der inneren Bedeutung der hier fraglichen Hypothekenrechte wird aber nur hingewiesen zu werden

Digitized by Google

brauchen. Deshalb aber die Verordnung von 1821 auf die neuen Hypothekenrechte auszudehnen, weil auch diese, ähnlich wie die früheren gesetzlichen Hypothekenrechte, den Schutz der Ehefrauen hinsichtlich ihres Eingebrachten bezielen, erscheint gewiß bedenklich. Die Verordnung enthält unzweifelhaft, was insbesondere die fragliche Verzichtsform anlangt, von früherem Rechte abweichende singulaire Bestimmungen, welche wiederum mit den besonders singulairen Rechten der Ehefrauen in Verbindung stehen. Eine analogische Anwendung derartiger singulairer Vorschriften wird aber für stattnehmig nicht gehalten werden können.

Es ist oben zu begründen versucht worden, daß die Verordnung, resp. der dadurch vorgeschriebene Verzicht sich lediglich auf die nach römischen Rechte gesetzlich den Ehefrauen zustehenden Pfandprivilegien habe beziehen können und sollen.

Die Möglichkeit nun angenommen, es habe wirklich in der Absicht gelegen, daß der §. 16 sowohl auf gesetzliche als conventionelle Pfandrechte zu beziehen sei, so lag es doch unendlich nahe und war so leicht, dem dahin gehenden Willen durch die entsprechenden Worte klaren Ausdruck zu geben, und ist, da solches nicht geschehen, umsomehr anzunehmen, daß Derartiges nicht beabsichtigt war, daß nur gesetzliche Pfandrechte in den Bereich der Verordnung gezogen werden sollten.

Schon deshalb würde die Ausdehnung der Verordnung vermittelst der logischen Interpretation unzulässig erscheinen, weil von vornherein das Gegentheil von der durch logische Interpretation zu findenden, über den Wortlaut der Verordnung hinausgehenden Absicht des Gesetzgebers bekundet ist, wobei außerdem in Erwägung zu ziehen ist, daß die Umstände des Verzichts, jenachdem dieser gesetzliche oder conventionelle Pfandrechte betrifft, sich wesentlich verschieden gestalten. Der in der Verordnung vorgeschriebene Verzicht betreff der hier fraglichen gesetzlichen Pfandrechte ist früher als wohlberechtigt anerkannt. Bei conventionellen Pfandrechten würde jene besondere Sorgfalt nicht geboten sein, indem die Frauen eben durch den Vertragsabschluß einerseits bekunden, daß sie im wohlverstandenen eigenen Interesse gehandelt haben, andererseits aber anzunehmen ist, daß sie sich, was eben bei gesetzlichen Pfandrechten nicht der

Digitized by Google

Fall, des ihnen erwachsenen vertragsmäßigen Pfandrechts vollständig bewußt geworden, und ist in der That nicht abzusehen, warum sie nicht ein so erworbenes Recht durch entgegenstehenden Vertrag, durch einfachen Verzicht, welcher für andere Personen und hinsichtlich des Aufgebens anderer Rechte bindend ist, sollten aufgeben können.

Die Belehrung, welche bei gesetzlichen Pfandrechten die Frau vom Gericht zu empfangen, erhält sie bei vertragsmäßigen Pfandrechten durch den Inhalt des Vertrages; es erscheint daher die gerichtliche Belehrung unnöthig und überflüssig, und ist daher nicht anzunehmen, daß derartige unnöthige Vornahmen in der Absicht der Verordnung gelegen haben könnten.

Was aber von conventionellen Hypothekenrechten gilt, welche durch das neue Hypothekengesetz nicht ausgeschlossen erscheinen, wird gewiß auf mittelst eines Rechtstitels gleichsam zwangsweise erworbene Hypotheken ebenfalls und um so mehr anzuwenden sein, als bei deren Erreichung sich das auf Förderung ihres Interesse gerichtete Handeln der Ehefrauen offenbar in gesteigerter Maße manifestirt, und somit anzunehmen ist, daß sie sich des Erfolges ihrer Thätigkeit nach allen Seiten hin vollständig bewußt werden.

Es liegt daher gewiß keine Veranlassung zu einer extensiven Interpretation der Verordnung vor, vielmehr erscheint es geboten, die Verordnung restrictive zu interpretiren und nicht auf die in Folge des neuen Hypothekengesetzes erworbenen Hypotheken zu beziehen.

Die bisherigen allgemeinen Argumentationen finden sodann in dem Folgenden noch wesentliche Unterstützung, davon ausgegangen, daß die Verordnung lediglich die gesetzlichen Pfandprivilegien der Ehefrauen bezielt.

In den Zeiten vor Justinian hatten die Ehefrauen wegen ihrer dos bekanntlich nur ein einfaches privilegium exigendi und daneben die Befugniß, sich, abgesehen von sonstigen Sicherungsmitteln, z. B. durch Bürgen, ein conventionelles Pfandrecht am Vermögen ihres Mannes bestellen zu lassen, welcher Rechtszustand in seinen allgemeinen Umrissen in dem neuen Hypothekengesetze wieder Ausdruck gefunden hat.

Digitized by Google

Justinian hat sodann die Ehefrauen mit den hier fraglichen Pfandprivilegien ausgestattet.

Daneben ist aber in l. 2 C. V. 20: Generali definitione constitutionem pristinam ampliantes sancimus, nullam esse satisdationem vel mandatum pro dote exigendum, vel a marito, vel a patre ejus vel ab omnibus, qui dotem suscipiunt, bestimmt, daß die Ehefrau weder durch Pfandbestellung noch durch Bürgen fernerweit wegen ihrer dos sich sichern solle. Die verbotene satisdatio bezieht im weiteren Sinne jede Sicherheit, sie möge durch Bürgschaft oder Pfand geleistet werden (l. 1 §. 9 D. 37, 6 u. l. 21 §. 2 D. 13, 5). Und wenn nun durch die l. 2. die vorhergehende, lediglich die Bürgschaft verbietende l. 1. erweitert werden soll, so ist mit Nothwendigkeit anzunehmen, daß die in l. 2. erwähnte satisdatio im weiteren, auch die Pfandbestellung einschließenden Sinne zu nehmen sei, wie denn überhaupt jeder Ausdruck, insofern nicht durch die Umstände eine Restriction geboten erscheint, regelmäßig in seinem weitesten Sinne zu verstehen ist. Und es war gewiß gerechtfertigt, wenn den Frauen, da sie durch das Gesetz so sehr geschützt wurden, auf jede sonstige Sicherung ihrer dos Bedacht zu nehmen, untersagt wurde, hinsichtlich der Bürgschaften noch aus dem besonderen, im weiteren Verlaufe der l. 2. angedeuteten Grunde, um etwaigen Betrügereien vorzubeugen.

Hat die l. 2. cit. die ihr beigemessene Bedeutung, so muß unzweifelhaft gefolgert werden, daß die Verordnung von 1821 unter den bezielten Hypothek- und Vorzugsrechten nur die desfallsigen gesetzlichen Rechte verstehen konnte.

Die Relevanz der l. 2. in der hier urgirten Beziehung nun vorausgesetzt, so muß mit um so größerer Bestimmtheit gefolgert werden, daß der Gesetzgeber bei Erlaß der Verordnung von 1821 nicht daran denken konnte, auch nicht daran gedacht hat, daß die betreff der gesetzlichen Pfand- und Vorzugsrechte gegebenen Bestimmungen auch bei Verzichten auf conventionelle Pfandrechte Anwendung finden sollten, und erscheint es daher durchaus unzulässig, der Verordnung irgend eine ausdehnende Erklärung zu geben. Es ist dann aber weiter die Schlußfolgerung begründet, daß die in der Verordnung über Verzichte auf die gesetzlichen Hypotheken oder Vorzugsrechte der

Digitized by Google

Frauen gegebenen Vorschriften bei Verzichten auf die den Ehefrauen in Folge des neuen Hypothekengesetzes erwachsenden Hypothekenrechte nicht geboten erscheinen.

---

7. Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag.[1])

Vom Prof. Unger.

Die Wirkung des rechtskräftigen richterlichen Urtheils besteht bekanntlich darin, daß es den Rechtsstreit in endgültiger Weise erledigt. Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione judicis accipit. L. 1 D. de re judic. 42. 1. L. 6 D. de exc. rei jud. 44. 2. Das Urtheil regelt die rechtlichen Beziehungen der Parteien in unumstößlicher Weise und bildet nunmehr für ihr Rechtsverhältniß die feste Grundlage, an der ferner nicht gerüttelt werden kann: post rem judicatam nihil quaeritur. L. 1 §. 4 D. de lib. exhib. 43. 30. L. 56 D. de re. jud. 42. 1. Was das Urtheil ausspricht, gilt als ausgemachte Wahrheit[2]): res judicata pro veritate accipitur. L. 207 D. de R. J. L. 25 D. de statu homin. 1. 5. Das Urtheil macht, wie man sich auszudrücken pflegt, förmliches (formelles) Recht, d. h. es stellt einen sicheren unangreifbaren Rechtszustand zwischen den Parteien, unter Umständen zwischen allen, her: jus facit — inter partes — inter omnes. L. 3 pr. D. de agnosc. lib. 25. 3.

Was das richterliche Urtheil gewährt: definitive Feststellung des Rechtsverhältnisses, das vermögen die Parteien sich auch durch eigene Thätigkeit, durch freie Vereinbarung zu verschaffen: sie können selbst den Spruch schöpfen, das Erkenntniß fällen, dessen Inhalt dann die Norm für ihr Verhältniß zu bilden hat. Dieser Vertrag, durch welchen die Parteien ein bestimmtes Rechtsverhältniß in endgültiger Weise feststellen, ist der Aner-

---

[1]) Aus Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik des Privatrechts.

[2]) Man pflegt in neuerer Zeit, insbesondere seit Savigny's Vorgang, in dieser Beziehung von einer „Fiction der Wahrheit" zu sprechen: diese Bezeichnung ist aber ganz unpassend, da hier in der That gar nichts „fingirt" wird. Unger, System des österr. Pr.-R. II. §. 132, Note 8.

Digitized by Google

kenntnißvertrag (Anerkennungsvertrag, Recognitivvertrag). Er ist ein Surrogat des richterlichen Urtheils: die Parteien sind Richter in eigener Sache: sie sprechen sich selbst das Urtheil, wozu sie in der Regel[3]) ohne weiteres befugt sind. Quid enim aliud agabat Praetor, quam hoc, ut controversias eorum dirimeret, a quibus si sponte recesserint, debebit id ratum habere. L. 1 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1 cf. L. 7 §. 14 D. de pact. 2. 14. Wie man von einem schiedsrichterlichen Urtheil redet, so kann man hier von einem vertragsmäßigen, einem pactirten Urtheil sprechen. Die Bezeichnung dieses Vertrags als „Anerkenntnißvertrag" erklärt sich aus dem Begriff der Anerkennung. Anerkennen ist eine Art des Erkennens. Erkennen ist Urtheilen[4]): Erkenntniß so viel wie Urtheil. Das Anerkennen setzt die Aufstellung einer Behauptung voraus, über deren Richtigkeit geurtheilt werden soll. Das Anerkenntniß ist hienach ein asserterisches Urtheil, welches eine aufgestellte Behauptung resp. das Behauptete für richtig erklärt. Der Gegenstand der Behauptung auf dem Rechtsgebiet besteht in der Existenz oder Nichtexistenz eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses. Somit ist das Anerkenntniß ein Urtheil, welches den behaupteten Bestand oder Nichtbestand eines Rechtsanspruches feststellt — ein Urtheil, welches ein prätendirtes Rechtsverhält-

---

[3]) Ausgenommen sind nur jene Rechtsverhältnisse, welche aus Gründen juris publici der freien Verfügung der Parteien entzogen sind. Dies sagt schon L. 7 §. 14 D. de pact. 2. 14 ... Labeo autem distinguit, ut si ex re familiari operis novi nunciatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat, quae distinctio vera est. Et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet ... L. 27 §. 4 eod ... Et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum ... Deßhalb ist die persönliche Freiheit und der Rechtsbestand einer Ehe eben so wenig Gegenstand eines Anerkenntnißvertrags wie einer confessio in jure oder eines Vergleichs. L. 24. 39 C. de lib. causa 7. 16. c. 10. C. 35 qu. 6. c. 9 X. de eo qui cognovit 4. 13. c. 3 X de divort. 4. 19. c. 11. X de transact. 1. 36. Savigny, System VII, S. 15. Risch, Lehre vom Vergleich S. 72. Bähr, die Anerkennung S. 183, 184, dessen Darstellung jedoch nicht frei von unrichtiger Deduction ist.

[4]) Vgl. Grimm, deutsches Wörterbuch. Bd. 3, Art. Erkennen Nr. 5.

Digitized by Google

niß als zu Recht bestehend, resp. als nicht zu Recht bestehend erklärt[5]). In diesem Sinn, mit Rücksicht auf seinen Inhalt, kann man den Anerkenntnißvertrag einen Urtheilsvertrag oder Feststellungsvertrag nennen.

Die Wirkung (materielle Rechtskraft) des Anerkenntnißvertrages ist dieselbe wie die des richterlichen Urtheils: Außerstreitsetzung. Was die Parteien im Anerkenntnißvertrag festgestellt haben, gilt als Norm für sie: sie sind es, die jus faciunt rei. Ihr Ausspruch gilt als Wahrspruch (pro veritate habetur) und bildet förmliches Recht unter ihnen. Was sie anerkannt, und festgestellt haben, kann fernerhin nicht mehr bestritten werden: es steht außer Frage. Iniquum est, posteaquam venditor agnovit recipiendo mancipium, esse in causa redhibitionis, tunc quaeri, utrum debuerit redhiberi, an non debuerit. L. 31 §. 17 D. de aed. edicto 21. 1. Es ist gerade so, als ob der Richter geurtheilt und gesprochen hätte: perinde habendum, atque si judicatum, pronunciatum esset. L. 6 §. 2 D. de confess. 42. 2. Die Sache ist abgethan (transactum finitumve: L. 229. 230. D. de V. S.), durch den Willen der Parteien aus- und abgemacht (consensu finitum: L. 1 §. 12 D. ad Sc. Tertull. 38. 17), gütlich beigelegt (amicali pacto

[5]) Von hier aus entwickelt sich der Begriff der Anerkennung weiter zu der Bedeutung eines zustimmenden (moralischen) Urtheils: Anerkennen heißt so viel wie Billigen, Gutheißen, Würdigen, Genehmigen: agnoscere = probare, comprobare. So heißt es namentlich bald agnoscere judicium defuncti: L. 8 §. 10. L. 12. 23 §. 1 L. 31 §. 3 L. 32 pr. D. de in off. test. 5. 2. L. 8 §. 1 C. eod. 3. 28, bald comprobare judicium defuncti: L. 12 §. 2. L. 31 §. 4. L. 32 pr. D. cit. 5. 2. Daß derjenige, der in Kenntniß des wahren Sachverhaltes (L. 12 §. 2 cit.) die letztwillige Verfügung gebilligt oder anerkannt hat, sie fernerhin nicht als lieblos (inofficiös) anfechten kann, ist nur eine Folge des höheren allgemeinen Grundsatzes, daß man nicht mit sich selbst in Widerspruch treten soll und hinterher nicht mißbilligen kann, was man einmal bereits gebilligt hat: reprobare non possum semel probatum. L. 9 D. de neg. gest. 3. 5. L. 47 D. solut. matr. 24. 3. — Agnoscere (comprobare) tutelam: L. 7 D. de tut. 26. 1. Agnoscere (comprobare) nomen factum: L. 16. 44 pr. L. 46 pr. D. de admin. tut. 26. 7. L. 19 D. de tut. 27. 3. L. 12. §. 15 D. mand. 17. 1. L. 36 §. 1 D. ad munic. 50. 1.

Digitized by Google

sopitum: L. 2 §. 23. C. de vet. jur enucl. 1. 17. L. 1 §. 4 C. de contr. jud. 1. 53.). Jeder Erneuerung der Frage stünde, analog der exceptio rei judicatae, eine Einrede entgegen: consensu quaestiones terminatas minime instaurari oportet. L. 13. C. de transact. 2. 4. L. 19 eod.

So groß nun auch die Verwandtschaft des Anerkenntnißvertrags mit dem richterlichen Urtheil ist, so erheblich und wichtig ist doch auch die Differenz beider. Der Spruch, den der Richter fällt, ist — oder soll doch sein — lediglich das Ergebniß seines Nachdenkens, das Resultat seiner Ergründung und Beurtheilung: ein Act seines Urtheils, nicht seines Willensvermögens. Das vom Richter gesprochene Recht ist gefundenes, nicht gemachtes Recht: das richterliche Urtheil ist declarativ, nicht constitutiv. L. 8 §. 4 D. si serv. vindic. 8. 5: ... per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. Anders der Anerkenntnißvertrag. Hier fallen Erkenntniß und Anerkenntniß nicht von vornherein und principiell zusammen: was von den Parteien erkannt wird, mag ein Anderes sein, als was von ihnen anerkannt wird. Ihr Anerkennen ist Willenssache, ihr Wahrspruch Machtspruch: sie können als vorhanden setzen, von dessen Nichtvorhanden sie überzeugt sind, und umgekehrt. Das Festgestellte gilt, nicht weil es die Parteien als das Rechte erkannt haben, sondern weil sie es dafür erklärt haben: es gilt, weil sie es gelten lassen wollen, weil sie sich ausdrücklich dahin vereinbart haben, es gelten zu lassen[6]). Das in solcher Weise festgestellte Recht ist „nicht das anerkannte Recht, sondern ein gewolltes Recht", nicht gefundenes, sondern gesetztes Recht, nicht das vorher schon bestandene, nur von Zweifel und Ungewißheit gereinigte Recht, sondern neues, von den Parteien geschaffenes, unter ihnen vereinbartes Recht[7]). Denn die Motive, welche eine Partei zur Anerkennung des behaupteten Bestandes oder Nichtbestandes eines Rechtsverhältnisses bestimmen, können gar mannigfache sein: wirkliche, wenngleich

[6]) cf. L. 11 §. 9 D. ae interr. i. j. 11. 1: Qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus ... Savigny, System VII. S. 27. 32.

[7]) Risch, Vergleich §. 7, insbesondere Note 10.

Digitized by Google

vielleicht irrige, Ueberzeugung von dem Bestand oder Nichtbestand des betreffenden Rechtsverhältnisses, die Absicht nachzugeben, nur um den Rechtsstreit zu vermeiden oder überhaupt nicht weiter beunruhigt zu werden[8]), der Wille zu schenken, Pietät, Rechtsgefühl und noch gar manche andere. Es verhält sich in dieser Beziehung ganz so wie bei der in jure confessio, auf deren nahe Verwandschaft mit dem Recognitivvertrag Savigny (System VII. S. 4. 11. 12) wiederholt aufmerksam gemacht hat. Der Anerkenntnißvertrag ist in der That nur das civilistische Seitenstück zu der einseitigen processualischen confessio in jure, deren Motive eben so verschieden sein mögen.

Wenn Jemand ein uneheliches Kind als das seine anerkennt, so kann das Motiv sein, Ueberzeugung von seiner Vaterschaft, der Wunsch, den Paternitätsproceß zu vermeiden, vielleicht bloß Rücksicht für die Mutter oder das Kind bei voller Kenntniß des wahren Sachverhalts: wie dem auch sei, er will das Kind als das seine gelten lassen, das nunmehr auch juristisch dafür gilt[9]). Wer ein in der Ehe geborenes Kind, welches er „schelten" könnte, als das seine anerkennt, will hiemit den Zustand herstellen, ac si judex pronunciasset, suum esse (L. 1 §. 16 L. 3 pr. D. de agnosc. liber 25. 3 L. 1 §. 4 D. de lib. exhib. 43 30): obgleich das Kind in der That von ihm nicht gezeugt sein kann, gilt es nun doch, und zwar inter omnes, als eheliches[10]). Wer den behaupteten Eigenthumsanspruch, aus

[8]) Mit Unrecht behauptet Bähr, Anerkennung S. 168, daß der Anerkennungsvertrag „ein Recht voraussetzt, welches zur Zeit als gewiß und unbestritten gedacht wird": vgl. Bähr selbst S. 189 a. E.

[9]) Bähr, Anerkennung S. 184 fg., stellt dies zwar in Abrede und will der Anerkennung der unehelichen Vaterschaft stets nur die Bedeutung und Wirkung eines Beweismittels beilegen: wie ich glaube, mit Unrecht. Neuere Gesetzgebungen haben denn auch für die Anerkennung unehelicher Kinder im Sinn definitiver Feststellung des betreffenden Verhältnisses besondere Formen vorgeschrieben. So insbesondere code civil a 331. 334 sq. Zachariä, Handb. des franz. Civilr. III. §. 568 fg.

[10]) Auch dies läugnet Bähr, S. 186, 187. Vgl. jedoch Siegel, deutsches Erbrecht, S. 29, 30. Allerdings legt das röm. Recht selbst dem Ausspruch des Mannes, daß das Kind der geschiedenen Frau das seinige sei, keine verbindliche Kraft in dieser Beziehung bei, sondern gestattet ihm immer noch, den Sohn als suus zu recusiren. L. 1 §. 12 D. de

Digitized by Google

welchem Motiv immer, zugesteht, erklärt hiemit seinen Willen, die Sache zu restituiren: perinde habendum, atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset (L. 6 §. 2 D. cit. 42. 2). Wenn der Käufer dem Verkäufer erklärt, daß die Waare in causa redhibitionis sei, so kann der Verkäufer diese Behauptung zugeben und hiemit seine Pflicht zu wandeln anerkennen, nicht nur wenn und weil er von der mangelhaften Beschaffenheit der Waare überzeugt ist, sondern auch wenn und weil er seinen Vortheil bei der Rücknahme der Sache findet: er will wandeln. L. 31 §. 17 D. cit. 21. 1. Wer die Behauptung, daß er 100 aus einem Darlehen schulde, animo obligandi zugiebt, will diese 100 schulden, er mag von dem Bestand der Darlehnsschuld mit Recht oder Unrecht überzeugt sein oder die Absicht zu schenken haben. cf. L. 1 §. 7. §. 18 D. si quid in fraud. 38. 5. Wer ein ungültiges Legat anerkennt, erklärt hiemit, daß er dasselbe, vielleicht aus Pietät für den Erblasser (voluntatem testatoris secutus, fidem testatoris agnoscens L. 20 §. 1 D. de donat. 39, 5) dennoch schulden und entrichten wolle. L. 23 C. de fideic. 6. 42. L. 16. C. de test. 6, 23. cf. L. 20 §. 1 cit. Der Ehemann, der vertragsmäßig feststellt, daß er 100 oder 200 von seiner Frau in dotem erhalten habe, will hiemit diese Dotalschuld gelten lassen, er mag an ihren wirklichen Bestand geglaubt haben oder nicht. cf. L. 66 §. 4 D. solut. matr. 24. 3. Der Beschädiger der in Uebereinstimmung mit dem Beschädigten die Höhe des zu

agnosc lib. 25 3. Allein unter gewissen Voraussetzungen hatte die Anerkennung des Kindes dennoch vollkommene Wirksamkeit. Paul. S. R. II. 24 §. 5. Glück, Bd. 28 S. 99. 100. Es kommt also Alles nur darauf an, ob und wann das Anerkenntniß ein bindendes ist, welche Handlungen concludent genug sind, um den festen Willen, ein bestimmtes Verhältniß gelten zu lassen, zu manifestiren. Eine solche Untersuchung muß aber immer stattfinden, auch dann, wenn es sich um ein Anerkenntniß in anderer Richtung handelt: so bei der Frage, ob der Paterfamilias die von seinem Hausfohn geführte Vormundschaft agnoscirt habe (L. 7 D. cit 26. 1), ferner ob das Legat als agnoscirt zu betrachten sei oder nicht (L. 45 D. de fid. lib. 40. 5) u. a. m. Die meisten Particulargesetzgebungen statuiren denn auch unbedenklich, daß die Anerkennung einer Früh- oder Spätgeburt von Seite des Ehemanns, so wie eines Kindes im Fall der L. 6 D. de his qui 1 6, jus inter omnes mache.

Digitized by Google

leistenden Schadenersatzes auf 100 feststellt, will hiemit Schuldner auf diesen Betrag sein. Wer in bindender Weise anerkennt, daß er nichts zu fordern habe, kann sich hiebei durch verschiedene Motive leiten lassen (L. 29 §. 1 D. de don 39. 5): jedenfalls will er die Schuld als getilgt gelten lassen: beide Theile sind darüber einig, daß er nichts zu fordern habe. L. 40 pr. D. de pact. 2. 14.

Das vertragsmäßige Anerkenntniß ist somit ein Willensact: nicht declarativ, sondern constitutiv: nicht Privatentscheidung, sondern Privatdisposition über das betreffende Rechtsverhältniß. Das Anerkenntniß ist die rechtswirksame Erklärung des Willens, ein bestimmtes Rechtsverhältniß gelten zu lassen[11]).

Wer eine Schuld vertragsmäßig anerkennt, will sie gegen sich gelten lassen: er will diese Schuld schulden. Eine Schuld schulden wollen, heißt den Gegenstand dieser Schuld schulden wollen. Man wird Schuldner der gewollten Schuld, indem man den betreffenden Schuldgegenstand verspricht. Der Verkäufer, der in dem gegebenen Beispiel wandeln will, verspricht daher zu wandeln. Der Delictsschuldner, der die Höhe der Ersatzsumme vertragsmäßig auf 100 feststellt, verspricht diese Summe. Der Schuldner, der die behauptete Darlehensschuld von 100 anerkennt, verspricht hiemit, diese 100 zurückzugeben. Das Versprechen, welches in diesen Fällen gegeben wird, ist hienach ein Versprechen dessen, was man schuldet, des Geschuldeten (promissio debiti), ein accessorisches Schuldversprechen. Das Schuldversprechen geht parallel dem Schuldvermächtniß (legatum debiti): wie hier das wirklich oder vermeintlich oder vorgeblich Geschuldete vermacht wird, so dort versprochen: hier

[11]) In diesem Sinn wird agnoscere auch gebraucht, um zu bezeichnen, daß man ein angebotenes Recht oder Amt sich gefallen lasse, es annehmen wolle. Agnoscere hereditatem, successionem: L... 12. 55. 88. D. de a. vel o. h. 20. 2. L. 58 D. sol. matr. 24. 3. L. 3 D. de leg. Corn. de fals. 48. 10. Agnocere bona: L. 6 §. 3 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 50 §. 2 D. de leg. I. Agnoscere legatum: L. 81 §. 1 D. de leg. I. L. 24 §. 16. L. 45 pr. §. 1 D. de fid. lib. 40. 5. L. 12 pr. D. de inoff. test. 5. 2. Agnoscere offic., munus: L. 38 §. 6 D. ad munic. 50. 1. L. 3 §. 6. L. 9 D. de muner. 50. 4. Agnoscere nomen in der Bedeutung von Uebernehmen einer Forderung: L. 30 D. de her. pet. 3. 5. cf. L. 12 §. 15 D. mand. 17. 1.

Digitized by Google

onerirt man den Erben, dort sich selbst[12]). Nach römischem Recht bedurfte allgemeinen Grundsätzen zufolge das Schuldversprechen der Stipulationsform (accessorische stipulatio debiti), oder es mußte durch reelle Vorleistung (re) die entsprechende Verpflichtung begründet werden. Der Anerkenntnißvertrag in der Richtung auf den Bestand einer Schuld (Schuldanerkenntnißvertrag) konnte daher nach röm. Recht nur verbis (literis) oder re, nicht nudo consensu, zu Stande kommen. Die Bestätigung dafür enthält L. 31 §. 17. 18. D. de aedil. edicto 21. 1. In factum actio competit ad pretium recuperandum, si mancipium redhibitum fuerit; in qua re non hoc quaeritur, an mancipium in causa redhibitionis fuerit, sed hoc tantum, an sit redhibitum. Nec immerito; iniquum est enim, posteaquam venditor agnovit recipiendo mancipium esse in causa redhibitionis, tunc quaeri, utrum debuerit redhiberi, an non debuerit: nec de tempore quaeritur, an intra tempora redhibitus esse videatur. §. 18. Illud plane haec actio exigit, ut sit redhibitus, ceterum nisi fuerit redhibitus, deficit ista actio, etiamsi nudo consensu placuerit, ut redhibeatur; conventio ergo de redhibendo non facit locum huic actioni, sed ipsa redhibitio. Da es im heutigen Recht einer besonderen Form nicht mehr bedarf, um ein Versprechen rechtsverbindlich zu machen, so ist heutzutage auch das accessorische Schuldversprechen ein formloses und der Schuldanerkenntnißvertrag kommt, wie der Vergleich[13]), durch die irgendwie erklärte Willenseinigung der Parteien (nudo consensu) zu Stande. Wer eine Schuld vertragsmäßig anerkennt, verspricht hiemit den Gegenstand der anerkannten Schuld: in dem Schuldanerkenntniß ist, ausdrücklich oder stillschweigend, stets ein Schuldversprechen enthalten.

Das Schuldversprechen (accessorische promissio debiti),

---

[12]) Vgl. Bähr, die Anerkennung §. 28, der jedoch S. 103 N. 2 mit Unrecht die L. 21 D. de V. O. 45. 1 auf ein legatum debiti bezieht; vgl. dagegen insbesondere Salpius, Novation und Delegation S. 280. 281. Den Schlüssel zu der richtigen Auffassung geben die Schlußworte, indem es nicht heißt: cum uxori dotis nomine legaretur, wie es doch heißen müßte, wenn Bähr's Auffassung richtig wäre.

[13]) Risch, Vergleich §. 17.

Digitized by Google

wie es im vertragsmäßigen Anerkenntniß einer Schuld enthalten ist, ist von dem Zahlungsversprechen (constitutum debiti, Erfüllungsversprechen, Schuldconstitut) wohl zu unterscheiden[14]). Das Schuldversprechen ist Versprechen der Schuld, d. h. des Geschuldeten, des Schuldgegenstandes: das Zahlungsversprechen ist Versprechen der Zahlung der Schuld, d. h. der Leistung des Geschuldeten, der Hingabe des Schuldengegenstandes. Dort stellt man die Schuld, hier die Zahlung fest; dort erklärt man, daß man schulden, hier daß man zahlen wolle; dort wird vereinbart, daß man zahlen müsse, hier, daß (wann, wo) man zahlen werde. Das Schuldconstitut hat die wirkliche Existenz der constituirten Schuld zu seiner unentbehrlichen Grundlage und erzeugt daher stets eine bedingte Verpflichtung (L. 1 §. 1 L. 3 §. 1 L. 5 §. 3 L. 11 §. 1 L. 12. 18. §. 1 D. de pec. constit. 13. 5): das Schuldenversprechen dagegen ist von der anerkannten Schuld an sich ganz unabhängig und erzeugt eine unbedingte, wenngleich unter Umständen (wegen ermangelnder Voraussetzung) anfechtbare Verpflichtung (L. 66 §. 4 D. cit. 24, 3. L. 31 §. 17 D. cit. 21. 1. L. 23. C. eit. 6. 42). Für die Frage, ob ein Versprechen ein Schuld- oder ein Zahlungsversprechen sei, selbstständiges Leistungsversprechen oder unselbstständiges Erfüllungsversprechen, ist weder die juristische Form noch der gewählte Ausdruck maßgebend, sondern lediglich der Gegenstand des Versprechens, dasjenige, worauf der Wille der Parteien gerichtet ist. So lautet unser heutiges Wechselversprechen auf Zahlung und ist doch sicher kein Zahlungsversprechen im technischen Sinn (Schuldconstitut); und so konnte umgekehrt ein eigentliches Zahlungsversprechen bei den Römern in Stipulationsform gegeben werden. L. 122 §. 4 D. de V. O. 45. 1. Agerius filiusfamilias servo Publii Maevii stipulanti spopondit, se daturum quidquid patrem suum Publio Maevio deberi constitisset .... cf. L. 120. D. eod. Daß im Anerkenntnißvertrag ein Schuldversprechen enthalten ist, folgt aus der erörterten Natur seines Wesens. Immerhin aber kann sich an das im Schuldanerkenntniß enthaltene Schuldversprechen noch ein Zahlungsversprechen anschließen, welches etwa Zeit und

[14]) Dies hat bereits Risch, Vergleich S. 145 fg., richtig hervorgehoben und tüchtig ausgeführt.

Digitized by Google

Ort der Zahlung (der Erfüllung des Schuldversprechens) fixirt So wenn in dem oben gegebenen Beispiel der Delictsschuldner die vereinbarte Ersatzsumme von 100 am 1. Juli 1866 zu zahlen verspricht: hier verspricht er erstens die 100 (Schuldversprechen), zweitens deren Einrichtung am 1. Juli 1866 (Zahlungsversprechen).

Die Causa des accessorischen Schuldversprechens ist die Anerkennung: auf Grund des Anerkenntnisses wird der Gegenstand der anerkannten Schuld versprochen: die 100, das Legat, die Rücknahme der Sache u. s. w. werden als geschuldet versprochen. Der Schuldanerkenntnißvertrag trägt somit, sobald er als solcher auftritt[15]), gleich dem Novationsvertrag[16]) und dem Vergleich, seine Causa in sich: er ist ein sogenannter materieller, individualisirter, individuell charakterisirter Vertrag. Es versteht sich aber von selbst, daß das anerkennungshalber gegebene Schuldversprechen, eben so wie das novationshalber gemachte Schuldversprechen, von seiner Causa isolirt werden und als abstractes Versprechen in Gestalt eines sogenannten Formalcontractes auftreten kann, wie wenn etwa aus Veranlassung der Schuldanerkennung ein Wechsel, Inhaberpapier, Verpflichtungsschein (allgem. deutsches H.-G.-B. Art. 301) u. dgl. ausgestellt wird.

Aus dem Schuldversprechen, resp. aus dem dasselbe enthaltenen Schuldanerkenntniß entspringt eine eigene Klage auf

---

[15]) Wie sonst „in Anerkennung" von Verdiensten u. s. w. Titel und Würden verliehen werden, so verleiht hier der Schuldner dem Gläubiger „in Anerkennung der alten Schuld eine neue Forderung auf denselben Gegenstand, der somit nur einmal zu leisten ist. Die Anerkennung ist sonach der Bestimmungsgrund, die causa promittendi: die oben angeführten Motive der Anerkennung bilden den Grund des Grundes. Dies verkennt Bähr, Anerkennung §. 41. 43 und in diesem Jahrb. II. Nr. 6. 8, indem er den Anerkenntnißvertrag (gleich der Novation) stets und nothwendig für einen farblosen sog. Formalcontract erklärt: er verwechselt die Abstraction mittelst des neuen Vertrags, der nunmehr selbst die causa debendi bildet, von der causa debendi der anerkannten (oder novirten) Schuld mit der (möglichen) Abstraction des neuen Vertrags von seiner causa promittendi (Feststellung oder Tilgung der alten Schuld): das Versprechen, welches als Anerkenntniß- oder Novationsversprechen auftritt, ist dadurch schon charakterisirt und individualisirt.

[16]) Vgl. jetzt Windscheid, Pand. II. §. 354 Note 1.

Digitized by Google

Erfüllung deſſelben.*) So klagt in den oben gegebenen Fällen der Beſchädigte nicht ex delicto, ſondern aus dem Verſprechen der Leiſtung des Schadenerſatzes, der Legatar nicht aus dem Legat, ſondern aus dem Verſprechen des Erben, daſſelbe zu entrichten u. ſ. w. Die Angabe der Motive der Anerkennung iſt eben ſo wenig nothwendig, wie etwa bei der Bürgſchaft die Angabe der Motive der Verbürgung: ihre Geltendmachung zum Zweck der Anfechtung des Anerkenntniſſes ſteht dem Schuldner bevor. Es bedarf ferner auch nicht einer näheren Individualiſirung der anerkannten Schuld in dem Anerkenntnißvertrag, reſp. in der darauf gegründeten Klage[17]) (genereller Anerkenntnißvertrag: z. B. „auf Grund gepflogener Verhandlung erkenne ich hiemit an, dem B. 100 ſchuldig zu ſein und verſpreche ihm hiemit, dieſelben zu entrichten"), da man eben nicht aus der anerkannten Schuld, ſondern aus dem ſelbſtſtändigen Schuldverſprechen klagt: die Anfechtung des Anerkenntniſſes durch Nachweis des Umſtandes, daß die anerkannte Schuld eine verbotene ſei, iſt Sache des Schuldners. Es bedarf ja auch bei der aus einem Vergleich angeſtellten Klage durchaus nicht einer Individualiſirung der Schuld, über die man ſich verglichen hat. Man behauptet freilich in der Praxis nicht ſelten das Gegentheil und verlangt namentlich auch bei Vergleichsklagen die Angabe der Cauſa der Forderung (causa debendi), welche Gegenſtand des Vergleichs war. Allein dies beruht auf übertriebener Aengſtlichkeit und ganz ungerechtfertigter Bevormundung der Parteien. „Wollen die Parteien die Cauſa dem Richter verheimlichen, ſo können ſie es durch Angabe einer unwahren Cauſa, z. B. Darlehn ſtatt Spiel, eben ſo gut als durch völlige Weglaſſung der Cauſa . . . . . Nimmt man an, der Richter müſſe ex officio nach der Erlaubtheit der Cauſa forſchen, ſo muß er es im Fall der Angabe der Cauſa eben ſo gut, wie im Fall der Verſchweigung"[18]). Die Parteien müſſen zwar ein klares Bewußtſein haben, welches Verhältniß es ſei, daß ſie durch Anerkennt-

[17]) Ganz andere Wege geht Salpius, Novation und Delegation S. 500 fg. Doch iſt hier nicht der Ort, mich mit dieſem Schriftſteller auseinander zu ſetzen.

[18]) Bruns in der Zeitſchr. f. Rechtsgeſch. I. S. 128. 129.

*) Das iſt ſehr wichtig, im Fall die urſpr. Schuld einer kürzeren Verjährungszeit (z. B. Waarenſchuld) unterliegt. Die Redact.

Digitized by Google

niß oder Vergleich festgestellt haben, allein der Richter braucht es nicht zu kennen: ihm genügt, zu wissen, daß die Parteien unter sich einig geworden sind über Existenz und Betrag der Schuld, zu deren Entreibung seine Hülfe angesucht wird.

Ganz zu denselben Resultaten gelangt man, wenn man folgenden Weg einschlägt. In dem vertragsmäßigen Anerkenntniß eines dinglichen oder persönlichen Rechtsanspruchs liegt die vertragsmäßige Feststellung der entsprechenden Restitutions- oder Zahlungspflicht. Wer einen solchen Anspruch in bindender Weise anerkennt, verurtheilt sich hiemit selbst zur Restitution, resp. zur Zahlung. Man kann von ihm wie von dem confessus in jure sagen: quodammodo sua sententia damnatur. L. 1 D. de confess. 42. 2. Er ist an das Anerkenntniß (L. 11. § 9 . . . 12 D. de interr. i. j. 11. 1. L. 1 C. eod. 7. 59. L. 20 §. 1. L. 29 §. 1. D. de donat. 39. 5) und durch das Anerkenntniß gebunden (L. 4 D. de conf. 42. 2. L. 4 pr. L. 12 §. 1. L. 13. pr. L. 16 §. 1 D. cit. 11. 1), wie an und durch das richterliche Urtheil: ex confesso tenetur, ac si pronunciatum esset. L. 6 §. 2 D. de conf. 42. 2. Das Anerkenntniß verpflichtet somit zur Zahlung, es ist selbstständiger Verpflichtungsgrund: wer anerkennt, muß zahlen. Anerkennen und Zahlen verhält sich wie Grund und Folge. Daher wird in den Quellen so häufig agnoscere statt zahlen, erfüllen, leisten, tragen, thun, gebraucht. Agnoscere naturale debitum: L. 64 D. de cond. indeb. 12. 6. Agnoscere onus usurarum: L. 54 pr. D. loc. 19. 2. L. 9. §. 4. L. 7 §. 12. D. de adm. tut. 26. 7. Agnoscere onus aeris alieni: L. 35 §. 1 D. de hered. instit. 28. 5. Agnoscere vectigal, tributum: L. 2 §. 16 D. de her. vend. 18. 4. L. 42 D. de pact. 2. 14 (cf. L. 52 §. 2 eod. L. 52 pr. D. de act. emt. 19. 1). Agnoscere damnum: L. 52 §. 4 D. pro soc. 17. 2. L. 63 §. 8 D. eod. L. 5 §. 12 D. comm. 13. 6. L. 21 D. de apell. 49. 1. Agnoscere poenam: L. 55 D. pro soc. 17. 2. Agnoscere sumtus: L. 11 §. 1 D. ad exhib. 10. 4 L. 102. D. de V. O. 45. 1. L. 5 §. 12 D. comm. 13. 6. Agnoscere susceptam fidem: L. 2 C. de commod. 4. 23. Agnoscere bonam fidem: L. 9 §. 6. D. de adm. tut. 26. 7. Agnoscere periculum: L. 13. D. de munic. 50. 1. L. 25 §.

Digitized by Google

5 D. qui petant 26. 6. Auch wir pflegen uns so auszudrücken, daß wir Auslagen oder Schulden, die Jemand gemacht hat „anzuerkennen", d. h. zu zahlen, versprechen. cf. L. 102. D. cit. 45. 1. Venditores emtori caverant pro evictione, quanti ejus interesset; sed et specialiter agnituros, si in lite mota sumtus fecisset, emtori stipulanti promiserant . . . Aus dem Anerkenntniß, aus der Selbstverurtheilung, entsteht eine Klage, wie aus dem richterlichen Urtheil und aus dem Vergleich[19]). Man kann diese Klage, um sie von den sogenannten Anerkennungsklagen zu unterscheiden, Anerkenntnißklage nennen: sie ist eine Klage aus dem Anerkenntniß, während jene eine Klage auf Anerkennung ist[20]). Wie der vom Richter Verurtheilte in der Judicatsobligatio steht (ex causa judicati tenetur), so der ex sua sententia damnatus in der Anerkenntnißobligatio (ex causa confessi tenetur): wie der Sieger im Proceß Erfüllung des Urtheils, so verlangt die Partei, deren Rechtsanspruch anerkannt wurde, Erfüllung des Anerkenntnisses. Das Fundament der Anerkenntnißklage ist somit nicht die anerkannte Schuld, sondern das Anerkenntniß der Schuld, eben so wie die Judicatsklage auf das Urtheil, nicht auf das im Urtheil zuerkannte Recht fundirt wird. Der Schuldner, der auf das Anerkenntniß hin leistet, erfüllt, wie der zahlende Judicatsschuldner, zwei Obligationen (eandem pecuniam in duas causas solvit L. 38 §. 2 D. de solut. 46. 3.), die Anerkennungsobligatio und die anerkannte Obligatio: denn Anerkennen heißt Feststellen oder Sichern, nicht Aufheben oder Tilgen (cf. L 2 D. de novat. 46. 2). Die Aehnlichkeit mit dem Urtheil geht so weit, daß der Anerkenntnißvertrag, wenn

[19]) Risch, Vergleich S. 177.

[20]) Nimmt man an, daß Jemand in bindender Weise feststellt (anerkennt), Schaden zugefügt zu haben, sich jedoch mit dem Beschädigten über die Höhe des zu leistenden Ersatzes nicht einigt, so haben wir auch heutzutage wieder die sog. actio confessoria, wobei sich die Thätigkeit des Richters darauf beschränkt, die zu leistende Geldsumme zu fixiren: judex non rei judicandae, sed aestimandae datur L 23 §. 11 D. ad leg. Aquil 9. 2 (non necesse habet actor docere, reum occidisse servum) L. 3. 5. 7. D. de confess. 42. 2 L 56 D. de re jud. 42. 1. Savigny, VII. S. 9. 10. 19.

Digitized by Google

er vor Gericht geschlossen wurde, gleich dem gerichtlich geschlossenen Vergleich[21]), nach manchen Particularrechten executionsfähig ist, so daß man von einem solchen confessus heutigen Tags wieder sagen kann: confessus pro judicato habetur.

Wenn der Anerkenntnißvertrag auf die Feststellung des Nichtbestandes eines Rechtsanspruchs, namentlich eines persönlichen (Schuldaberkenntniß), gerichtet ist, so spricht sich darin der Wille aus, diesen Anspruch nicht geltend zu machen: er wird aufgegeben[22]). Wer, aus welchem Motiv immer (L. 29 §. 1 D. de donat. 39, 5), in bindender Weise erklärt, daß er nichts zu fordern habe, befindet sich in derselben Lage, als ob ihn der Richter mit seinem Anspruch abgewiesen hätte: er spricht selbst die Absolution des Schuldners aus: es gilt unter den Parteien als ab- und ausgemacht (consensu finitum, decisum, terminatum), daß nichts mehr zu fordern ist. Da der Verzichtswille sich in das formlose pactum de non petendo kleiden konnte, so hatte der Anerkenntnißvertrag in seiner negativen, liberatorischen Richtung niemals mit formellen Schwierigkeiten zu kämpfen. L. 40 pr. L. 35 D. de pact. 2. 14[23]) L. 7 §. 14 eod. L. 1 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1. L. 122 §. 6 D. de V. O. 45. 1. L. 21. C. de solut. 8, 43.

Der Anerkenntnißvertrag kann, abgesehen von der Anfechtung wegen Zwanges und Betrugs (L. 35 D. cit. 2. 14),

---

[21]) Risch, Vergleich S. 180.

[22]) Vgl. Savigny, VII. S. 2 fg. 12.

[23]) Mit Unrecht will Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten S. 149, in dem von den Geschwistern über die gemeinsame Erbschaft geschlossenen pactum divisionis (L. 35 cit.) einen Vergleich im technischen Sinne sehen, der „dann natürlich auch ein pactum de non petendo in Beziehung auf alle weiteren aus der Communio entspringenden Ansprüche in sich schließe". Man darf aber in der That (mit Regelsberger im civ. Arch. Bd. 47, S. 162 in der Note) fragen: „wo ist hier der gegenseitige Nachlaß?" „Der Vertrag über die Auseinandersetzung einer Erbschaft wird dann sehr mit Unrecht unter den Gesichtspunkt eines (eigentlichen, entgeltlichen) Vergleichs gestellt, wenn weder die Erbeseigenschaft, noch auch nur die Größe der Quote eines Betheiligten bestritten war". Es ist eben eine Transaction im weiteren Sinne des Wortes vorhanden: die Geschwister sind darüber einig, daß nichts mehr zu theilen ist.

Digitized by Google

wegen entschuldbaren Irrthums angefochten werden, gleichwie die confessio oder responsio in jure. L. 2. 7. D. de confess. 42. 2. L. 11. §. 8 . . . 11 D. cit. 11 1 [24]). Dies gilt insbesondere von dem Schuldanerkenntniß [25]). Die Anfechtung des Schuldversprechens wegen entschuldbaren Irrthums mittelst condictio indebite promissi, resp. exceptio doli richtet sich ganz nach denselben Grundsätzen, wie die condictio indebiti soluti: wie man hier zahlen wollte, so wollte man dort schulden, weil man die Schuld irrthümlich für bestehend hielt. Dort wird das in irriger Voraussetzung gegebene Versprechen, hier die in irriger Voraussetzung geleistete Zahlung einer Nichtschuld rückgängig gemacht. L. 31 D. de cond. indeb. 12. 6. Is qui plus quam hereditaria portio efficit, per errorem creditori caverit, indebiti promissi habet conditionem. L. 3 C. eod. 4. 5. L. 66 §. 4 D. solut. matr. 24. 3. Mulier, quae centum dotis apud virum habebat, divortio facto ducenta a viro errante stipulata erat; Labeo putat, quanti dos fuisset, tantam deberi, sive prudens mulier plus esset stipulata, sive imprudens; Labeonis sententiam probo. L. 5. §. 1. D. de act. emt. 19. 1 [26]). Ferner kann das Schuldanerkenntniß angefochten werden, wenn die anerkannte Schuld eine verbotene ist (condictio ex injusta causa). cf. L. 26 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt, et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae.

Aus der bisherigen Darstellung geht von selbst hervor, daß der Anerkenntnißvertrag in naher Verwandtschaft zu dem Vergleich steht. Wie man den Vergleich mit Recht „ein Urtheil in Gestalt eines entgeltlichen Vertrags" genannt hat (Risch), so kann man den Anerkenntnißvertrag ein Urtheil in Gestalt eines unentgeltlichen Vertrags nennen. In so weit der Vergleich in vielen Fällen eine gänzliche oder theilweise Anerkennung

---

[24]) Savigny, VII. S. 31. 32.

[25]) Ebenso für das Schuldaberkenntniß: cf. L. 51 pr. D. de pact. 2. 14.

[26]) Vgl. Witte, Bereicherungsklagen S. 184 fg.

Digitized by Google

des streitigen Rechtsanspruchs enthält, begreift er ein Anerkenntniß in sich: in diesem Sinn dürfte man den Vergleich ein entgeltliches Anerkenntniß, das Anerkenntniß einen unentgeltlichen Vergleich nennen. Auf diese Verwandtschaft hat bereits Risch wiederholt in entsprechender Weise aufmerksam gemacht. Dennoch scheint seine Darstellung in diesem Punkt nicht den gewünschten Eindruck gemacht zu haben. Vergebens suchen wir in den neueren Systemen des Obligationenrechts nach einer selbstständigen Darstellung des Anerkenntnißvertrages, der doch vor dem Vergleich seinen Platz und seine besondere Erörterung zu finden hätte, wie das Einfache vor dem Zusammengesetzten. Selbst hervorragende Schriftsteller der neuesten Zeit scheinen außer Vergleich und „einfachem" Anerkenntniß in der Bedeutung eines außergerichtlichen Geständnisses und Beweismittels nichts zu kennen und den dazwischen liegenden unentgeltlichen Anerkenntnißvertrag gänzlich zu ignoriren. So auch Bruns in seiner gründlichen dankenswerthen Abhandlung über das constitutum debiti (Zeitschrift f. Rechtsgesch. I. S. 28 fg.), indem er S. 104 sagt, daß „die Feststellung der Schuld nur geschehen könne durch Anerkennung, d. h. Geständniß, oder durch einen Vergleich . . . Bei der einfachen Anerkennung des bestimmten Betrages der Schuld . . . muß die Anerkennung . . . nach den Grundsätzen des Beweises und des außergerichtlichen Geständnisses beurtheilt werden . . . Wenn z. B. nach Schadenzufügung der Beschädigte eine Minimalberechnung aufstellte und der Thäter diese als richtig zugestände, so wäre dies (einfache) Anerkennung", somit „nach den Grundsätzen des Beweises und des außergerichtlichen Geständnisses zu beurtheilen". Dies ist gewiß unrichtig und dem Willen der Parteien ganz entschieden zuwider. Die Parteien, die über die Höhe des zu leistenden Schadenersatzes einig geworden sind, wollen hiemit diese Summe definitiv festgestellt haben, so daß es sich unter ihnen gar nicht mehr um Beweis und Gegenbeweis in Ansehung der Existenz und der Höhe des Schadens handeln kann. Diese Punkte sind alle consensu abgemacht und erledigt. Das Versprechen der Zahlung jener Minimalsumme ist Schuldversprechen, nicht Zahlungsversprechen. Wenn der Beschädiger 50 als Ersatzsumme geben zu wollen erklärt, der Verletzte 100 fordert und sie sich

Digitized by Google

endlich auf 75 einigen, so ist der Schuldner gebunden, da ein eigentlicher Vergleich durch gegenseitiges Nachgeben zu Stande gekommen ist: wenn nun der Verletzte nach langen fruchtlosen Verhandlungen sich mit 50 zufrieden giebt, oder der Beschädiger endlich 100 zu geben einwilligt, da sollte bloß ein „einfaches Anerkenntniß" vorliegen, das „nach den Grundsätzen des außergerichtlichen Geständnisses und des Beweises" zu beurtheilen wäre?! Wenn der Schuldner die Forderung von 100 gegen dem „anerkennt", daß der Gläubiger auf einen anderen Rechtsanspruch verzichtet, so liegt ein anderer bindender Schuldvertrag (Vergleich) vor: wenn nun der Schuldner ohne Entgelt jene Forderung „anerkennt", dann sollte nicht ein Schuldvertrag, sondern nur ein Beweisvertrag vorliegen?! In der That giebt es eine Ordnung und Regelung der Rechtsverhältnisse durch die Parteien mittelst gegenseitigen Nachgebens, so muß es auch eine solche mittelst einseitigen Nachgebens geben[27]). Ist der Vergleich nichts Anderes als „ein vergoltenes Anerkenntniß", resp. „ein vergoltener Verzicht", so muß es auch ein unvergoltenes Anerkenntniß geben, dessen Theorie vor der des Vergleichs zu entwickeln ist, da die rechtsbegründete Kraft des Vergleichs nicht in der Entgeltlichkeit, sondern in dem Anerkenntniß liegt. Man muß somit zwei Kategorien aufstellen: Regelung der Privatrechtsverhältnisse durch die Parteien oder durch den Richter, durch Vertrag oder durch Urtheil (transactionibus vel judicationibus sopita. L. 1 §. 4 C. de cont. jud. 1. 53. Vel judiciali sententia finita vel amicali pacto sopita. L. 2 §. 23 C. de vet. jur. 1. 17. Transactum vel judicatum. L. 17 C. de fide instr. 4 21. Judicio terminata, transactione composita. L. 229. 230 D. de V. S.) Die erste Kategorie kann man Transaction im weiteren Sinne nennen. Diese Kategorie begreift in sich den (unentgeltlichen) Anerkenntnißvertrag und den (entgeltlichen) Vergleichsvertrag (Transact im engern, eigentlichen Sinne). Bekanntlich gebrauchen ja auch die Quellen den Ausdruck transactum in einem weiteren Sinn für Beendigung, Beilegung, Entscheidung durch die Parteien überhaupt: transactum est, was durch die Par-

[27]) Vgl. auch Savigny, VII. S. 2 fg.

Digitized by Google

teien und unter ihnen, auf welchem Wege immer, ab- und ausgemacht, abgethan, geschlichtet ist[28]). Und andererseits wird neben das transactum noch das finitum in selbstständiger Bedeutung hingestellt: L. 1 §. 12 D. ad Sc. Tertull. 38. 17: Quod ait senatus: Quae judicata, transacta, finitave sunt, rata maneant, ita intelligendum est, ut judicata accipere debeamus ab eo, cui judicandi jus fuit, transacta, scilicet bona fide, ut valeat transactio, finita vel consensu vel longo silentio sopita. L. 229. 230. D. de V. S. Transacta finitave . . .

(Fortsetzung folgt im nächsten Hefte.)

---

[28]) Daher auch jurejurando transactum negotium L. 31 i. f. D. de jurej. 12. 2. L. 21 D. de dolo 4. 3; der Eid wird als species transactionis bezeichnet (L. 2 D. h. t.), quae ex conventione proficiscitur L. 26 §. 2. L. 35 §. 1 cit. 12 2. Savigny VII. S. 65. Transactum in dem weiteren Sinn für Beilegung, Erledigung u. s. w. findet sich in L. 230 D. de V. S L. 122 §. 6 D. de V. O. 45, 1 (cf. L. 35 D. de pact. 2. 14) L. 21 C. de solut. 8. 43. Vgl. auch L. 15 §. 4 D loc. 19. 2. Auch in L. 36 D. fam. ercisc. 10. 2 bedeuten die Schlußworte (non enim transactum inter eos intelligitur, quum ille coheredem esse putaverit): es hat in dieser Beziehung keine Abmachung (Vereinbarung) stattgefunden, indem die Erbenqualität nicht festgesetzt, sondern nur vorausgesetzt, nicht ausgemacht, sondern nur angenommen wurde: diese Frage ist offen geblieben. L. 4 C. de jur. et fact 1. 18. Anders im Fall der L. 52 pr. D. de pact. 2. 14. Epistola coheredem sibi aliquem esse cavit. . Unbefriedigend scheinen mir die Erklärungen, welche Risch, Vergleich S. 163 fg., Note 10, S. 227 und Regelsberger im civ. Arch. Bd. 47, S. 162 in der Note vom Schlußsatz der L. 36 cit geben: Beide haben einen eigentlichen (entgeltlichen) Vergleich vor Augen, den der erstere für beschränkt, der letztere für nicht vorhanden erklärt.

Digitized by Google

II.

Amtliche Erlasse.

1. Reskript des Königlichen Justizministerii vom 31. März 1866, betreffend die Vertretung der Amtsrichter in Behinderungsfällen.

Da Wir wahrgenommen haben, daß die Bestimmungen der §§. 18 und 19 Unserer Ausführungs-Bekanntmachung vom 8. April 1859 über die Vertretung behinderter Amtsrichter nicht immer die richtige Auffassung und Anwendung gefunden haben, so eröffnen Wir darüber den Amtsgerichten das Nachstehende.

1. Die im §. 18 der gedachten Bekanntmachung auf Grund der Vorschrift des §. 26 des Gerichtsverfassungsgesetzes angeordnete Vertretung eines Amtsgerichts durch das daselbst bestimmte benachbarte Amtsgericht bezieht sich zwar auf alle Amtsgerichte, sie mögen mit einem oder mit mehren Richtern besetzt sein, aber nur auf den daselbst genannten besonderen Fall der Behinderung eines Amtsrichters wegen seiner persönlichen Betheiligung an einer Rechtssache. Die Vertretung durch das benachbarte Amtsgericht hat sich in diesem Falle auf die einzelne, einen Amtsrichter persönlich betreffende Rechtssache zu beschränken.

2. In allen sonstigen Behinderungsfällen ist die Vertretung durch ein benachbartes Amtsgericht nur für die mit einem Richter besetzten Amtsgerichte durch den §. 25 S. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes vorgesehen und durch die Bestimmung des §. 19 Nr. 1 der erwähnten Bekanntmachung ausgeführt

Digitized by Google

worden. Für diejenigen Amtsgerichte, welche mit mehren Richtern besetzt sind, ist in den Fällen „sonstiger Behinderung" nur die gegenseitige Vertretung der mehren bei demselben Amtsgerichte angestellten Richter angeordnet, nicht aber im Voraus Bestimmung für den Fall getroffen, daß die mehren Richter sämmtlich behindert sind.

Tritt daher bei einem mit mehren Richtern besetzten Amtsgerichte der Fall einer „sonstigen Behinderung" der sämmtlichen einander substituirten Amtsrichter ein, so wird darüber, wie während der Dauer der Behinderung die amtsgerichtlichen Geschäfte zu versehen sind, eine höhere Anordnung zu treffen sein. Zu dem Ende werden die betreffenden Amtsgerichte über den eingetretenen oder zu erwartenden Behinderungsfall schleunigst an die Kronanwaltschaft des vorgesetzten Obergerichts zu berichten haben.

2. Reskript des Königlichen Justizministerii vom 19. April 1866, betreffend die Einrichtung der Hypotheken-Bücher.

Nach den §§. 7 und 10 der Ausführungsbekanntmachung zum Hypothekengesetze sollen die vom einem Hausbesitzer bestellten Hypotheken, sowohl General- wie Specialhypotheken in die erste Abtheilung des Hypothekenbuchs und zwar auf das Folium des betreffenden Hauses, die von anderen Personen bestellten Hypotheken dagegen in die zweite Abtheilung eingetragen werden.

Um diesen Vorschriften gemäß bei der Eintragung einer Hypothek verfahren zu können, muß der Richter wissen, ob der Hypothekenbesteller Hausbesitzer und — wenn dies der Fall — welches die Nummer seines Hauses ist.

Es wird nun aber nicht selten vorkommen, daß die Eintragung einer Hypothek nicht von dem Hypothekbesteller selbst, sondern von dem Gläubiger und auch von diesem nicht mündlich, sondern schriftlich beantragt wird. Giebt in einem solchen Falle die von dem Gläubiger zum Nachweise seines Rechtstitels producirte Urkunde darüber, ob der Hypothekenbesteller Hausbe-

Digitized by Google

sitzer und welches die Nummer seines Hauses ist, keine Auskunft und kann auch der, persönlich vielleicht nicht einmal anwesende Gläubiger diese Auskunft nicht geben, so wird der Richter dieselbe sich erst anderweit verschaffen müssen und dadurch wird unter Umständen nicht bloß die Eintragung der Hypothek sich verzögern, sondern es werden auch den Betheiligten vielleicht noch Kosten entstehen.

Hieraus ergiebt sich, wie sehr es zu wünschen ist, daß auch die Notare, wenn sie über die Einräumung eines Rechtstitels zur Hypothek eine öffentliche Urkunde aufzunehmen haben, den Hypothekbesteller über seine etwaige Qualität als Hausbesitzer, sowie eintretenden Falls über die Nummer seines Hauses befragen und danach das Erforderliche in der Urkunde selbst bemerken.

Wir veranlassen daher die Kronanwaltschaften, in der ihnen geeignet erscheinenden Weise, wenn auch nur durch mündliche Mittheilung bei einer sich darbietenden passenden Gelegenheit, darauf hinzuwirken, daß die Notare in der bezeichneten Weise verfahren.

3. Generalrescript des Königlichen Justizministerii vom 1. Mai 1866, betreffend die Instruction der Gesuche um Volljährigkeits-Erklärung.

Wir werden die bei Uns eingehenden Gesuche um Volljährigkeits-Erklärung den Amtsgerichten zur kurzen Hand mittheilen.

Diese Mittheilung erfolgt zu dem Zwecke, um das Amtsgericht zu veranlassen, die erforderlichen Instructionshandlungen vorzunehmen und nach deren Beendigung über die für die Bescheidung des Gesuches maßgebenden Verhältnisse erläuternd und gutachtlich unter Rücksendung des Gesuches zu berichten.

Die Amtsgerichte haben insbesondere das Nachfolgende zu berücksichtigen:

1. Das Gesuch ist dem Minderjährigen, wenn es nicht etwa von demselben unterschrieben und diese Unterschrift gerichtlich oder notariell beglaubigt ist, zur Genehmigung vorzulegen.

2. Zu einer Erklärung über das Gesuch, zur Auskunfts-

Digitized by Google

ertheilung und Begutachtung sind insbesondere die Eltern bezw. die Vormünder und in nicht ganz einfachen Fällen nahe Verwandte, oder sonstige mit den Verhältnissen bekannte, zuverlässige Personen zu veranlassen.

Die Minderjährigen und deren Eltern sind unbeeidigt, sonstige Personen eidlich zu vernehmen, sofern nicht ihre Beeidigung gesetzlich unzulässig, oder aus besonderen Gründen für bedenklich zu halten ist, oder sofern nicht, wie bei Vormündern und solchen Personen, welche vermöge öffentlicher Stellung zur Auskunftsertheilung verpflichtet sind, die Verweisung auf einen bereits abgeleisteten Eid als zulässig sich darstellt.

Die Aussagen der vernommenen Personen sind einzeln zu protocolliren; bei im Wesentlichen gleichlautenden Angaben kann jedoch auf die Aussage der früher vernommenen Person, welche sodann wieder vorzulesen ist, Bezug genommen werden.

Außerhalb des Amtsbezirkes wohnende Personen sind, wenn sie nicht von anderen Betheiligten sistirt werden, in der Regel durch das zu ersuchende Gericht ihres Aufenthaltsort zu vernehmen.

3. Der Betrag des Vermögens, welches der Minderjährige besitzt, oder dessen Verwaltung derselbe im Falle der Volljährigkeits-Erklärung erhält, ist, wenigstens annähernd, festzustellen.

4. Wenn nach der Sachlage ein Zweifel darüber obwaltet, ob der Minderjährige im diesseitigen Unterthanenverbande steht, ist dieser Punkt, nöthigenfalls durch Verhandlungen mit der betreffenden Regiminalbehörde, zu ermitteln.

5. Beabsichtigt der Minderjährige nach erlangter Volljährigkeits-Erklärung ein Gewerbe selbstständig zu betreiben, so ist derselbe zu dem Nachweise aufzufordern, daß ihm dieser Gewerbebetrieb für jenen Fall seitens der Regiminalverwaltung werde gestattet werden.

6. Beabsichtigt der Minderjährige nach der Volljährigkeits-Erklärung auszuwandern, so ist von ihm und den Auskunftspersonen näher darzulegen, ob und in welcher Weise für das Fortkommen desselben in der neu zu erwerbenden Heimath gesorgt sei.

7. In den nicht seltenen Fällen, daß Volljährigkeits-Er-

Digitized by Google

klärung erbeten wird, um ohne vormundschaftliche Beschränkung Grundbesitz zu veräußern, ist, insoweit das gemeine Recht gilt, den Betheiligten zu eröffnen, daß die Volljährigkeits-Erklärung die bestehende Beschränkung der Befugniß einer Veräußerung des Grundbesitzes Minderjähriger nicht aufhebt oder mindert.

8. Da unverheirathete weibliche Minderjährige in der Regel nicht für volljährig erklärt werden, so ist in den geeigneten Fällen den Betheiligten von diesem Grundsatze Kenntniß zu geben, eventuell aber sind dieselben zur Angabe und Begründung derjenigen besonderen Umstände aufzufordern, welche für eine Abweichung von der Regel sprechen. Einer Minderjährigen, welche in dem Gesuche hervorhebt, daß sie verlobt sei, ist anheimzugeben, das Gesuch zurückzuziehen und etwa nach der Verheirathung zu wiederholen.

9. Der zu erstattende gutachtliche Bericht muß eine zwar kurze, aber aus sich selbst verständliche Darlegung des Sachverhaltes enthalten.

Demselben sind die Verhandlung, regelmäßig im Originale, und ein Geburtsschein des Minderjährigen anzuschließen.

10. Die Gebühren sind nach dem Gesetze vom 17. Juni 1862, die Gebührentaxe in Verwaltungssachen betreffend, zu bemessen. Bei den Amtsgerichten kommen daher (abgesehen von der Stempelgebühr) regelmäßig nur die in den §§. 12, 14—18 erwähnten zur Zahlung; jedoch ist die im §. 11 anstatt der Gesammtgebühr festgestellte Gebühr von 5 Gr. bis 2 Thlr. in dem Falle vom Amtsgerichte zu erheben, wenn das Gesuch — wovon Uns sodann kurze Anzeige zu machen ist — zurückgenommen wird.

Glaubt das Amtsgericht, Uns empfehlen zu müssen, die Gebühren zu erlassen, so ist berichtlich darzulegen, inwiefern die Voraussetzungen des §. 19 vorliegen.

11. Wir werden regelmäßig demjenigen Amtsgerichte das Gesuch um Volljährigkeits-Erklärung zur kurzen Hand, behuf der Berichterstattung zusenden, bei welchem die Vormundschaft über den Minderjährigen anhängig ist, oder, wenn eine Vormundschaft nicht besteht, bei welchem der letztere seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Wenn Wir ausnahmsweise ein anderes Amtsgericht mit der Sachermittlung und gutachtlichen

Digitized by Google

Berichterstattung zu beauftragen für angemessen erachten, so wird dieses mittelst besonderen Rescriptes geschehen. Sollte ein Gesuch zur kurzen Hand von Uns einem Amtsgerichte übersandt werden, bei dem keine der obigen Voraussetzungen zutrifft, so ist dasselbe ohne weitere Sachermittlung an Uns berichtlich zurückzusenden.

Wenn Gesuche um Volljährigkeits-Erklärung den Amtsgerichten mündlich vorgetragen oder schriftlich übergeben werden, so ist ebenso zu verfahren, als wenn die Gesuche von Uns den Amtsgerichten übermittelt worden wären.

Die Amtsgerichte wollen darauf hinwirken, daß die Betheiligten jenen Weg einschlagen.

Digitized by Google

III.

Miscellen.

Durch den „schwäbischen Merkur" von den Monaten März und April laufen sehr interessante Discussionen in Betreff der neuen Gerichtsorganisation in Würtemberg. Es ist vom Justizministerio eine Commission angeordnet, welche die Grundsätze der Justizreform für Würtemberg aufstellen sollte. Diese Commission hat sich nun für das Princip des öffentlich mündlichen Gerichts-Verfahrens ausgesprochen und ist hinsichtlich der Organisation der Gerichte zu folgenden wesentlichen Vorschlägen gelangt: 1. Die Oberamtsgerichte mit 2 rechtsgelehrten Richtern und einer Anzahl Schöffen sollen conservirt beiben. 2. Vor dieselben sollen Sachen bis 300 fl. Werth in erster Instanz gebracht werden. 3. Für Sachen höheren Werthes sollen 8—10 collegialische Kreisgerichte (zu 5 Mitgliedern) die erste Instanz bilden, die zugleich Appellationsbehörden in Betreff der Entscheidungen der Ober-Amtsgerichte sein sollen. 4. Nur eine einmalige Appellationsinstanz soll Statt finden und zwar sobald die Beschwerdesumme bezw. 100 fl. und 400 fl. beträgt, jenachdem wider eine Entscheidung der Ober-Amtsgerichte oder Kreisgerichte appellirt wird. 5. Außerdem soll ein gemeinsamer Cassationshof bestehen.

Die Discussionen drehen sich vornämlich darum, ob den Ober-Amtsgerichten und selbst den Gemeinderäthen nicht eine größere Competenz belassen, oder anderseits die Competenz der Ersteren nicht noch mehr eingeschränkt werden müsse. Die Gründe pro et contra sind dieselben, welche den desfalsigen Besprechungen untergelegt wurden, welche der Gerichtsorganisation für Hannover seiner Zeit voraufgingen.

Digitized by Google

IV.

Bücherschau.

1. Die Besserung als Strafzweck und das Aufsichtspersonal der Strafanstalten von W. Heine, Director der Strafanstalt zu Stade (Leipzig bei J. A. Barth 1866).

In dieser kleinen, nur 77 Seiten fassenden Schrift giebt der Verfasser, welcher einer der größeren, mehr für schwere Verbrecher bestimmten, hannoverschen Strafanstalten vorsteht, eine Reihe von sehr zu beherzigenden Winken an die Hand, wie die Strafanstalten mehr, als dies bislang der Fall ist, zu wahren Besserungsanstalten erhoben werden können. Der ganze Inhalt der in ansprechender Sprache geschriebenen Brochüre liefert den Beweis, daß der Verfasser die Bestimmung der Strafanstalten und die Aufgabe der Angestellten an denselben mit großer Schärfe aufgefaßt hat, daß er daneben aber bei seinen Vorschlägen den in den einschlagenden Verhältnissen unerläßlichen Rücksichten der Humanität in erfreulichster Weise einen hervorragenden Platz einräumt

Ohne sich für seine Anheimgaben ausschließlich auf den Standpunkt des Systems der Einzelhaft oder auf denjenigen der gemeinsamen Haft zu stellen, den Streit über die Vortrefflichkeit des einen oder andern Systems vielmehr ganz aus dem Spiele lassend, führt der Verfasser in überzeugender Weise aus, wie mehr als alles Andere eine richtige Behandlung der Gefangenen im Einzelnen durch das Aufsichtspersonal, durch die Geistlichkeit und vor Allem durch den Director der Anstalt selbst, auf die Besserung der Gefangenen hinwirken könne. Vorzugsweise warnt er davor, daß über die zu ängstliche Handhabung der, in einem gewissen Grade gewiß nicht zu umgehenden Disciplin, die Rücksichten der Humanität und der Besserungszweck vergessen werde. Er empfiehlt ein umsichtiges Aufseherpersonal, welches es verstehe das Vertrauen der Gefangenen zu erwerben, und giebt in einer besonderen Abtheilung des Näheren Mittel an die Hand, ein solches heranzuziehen; er spricht sich sodann

Digitized by Google

über den Einfluß zweckmäßiger Räumlichkeiten auf den Besserungszweck aus, und empfiehlt mit Rücksicht auf den Letzteren, so weit es sich mit dem Strafzweck und der Ordnung des Hauses vereinigen läßt, das Selbstbewußtsein und das Lebensinteresse bei den Gefangenen aufrecht zu erhalten durch geeignete Wahl der Beschäftigung, durch mäßige Gestattung der Theilnahme der Gefangenen an den Ereignissen der Außenwelt, durch Vorsicht in Anwendung der Strafschärfung und Disciplinarstrafen, und durch Entfernung aller solcher Vorkehrungen, die dem Gefangenen die Sorge für seine Zukunft schwieriger machen.

Kann auch das Werkchen, schon seinem geringen Umfange nach, nicht als ein erschöpfender Leitfaden für Einrichtung von Strafanstalten, oder für das Verhalten des Directors einer Anstalt gelten, so sind dennoch in beiden Richtungen so manche nicht zu übersehende Andeutungen gegeben und in schlagender Weise Mängel gerügt und Vorschläge zu Verbesserungen motivirt, daß das Lesen desselben beim Fachmanne und an maßgebender Stelle gewiß den Anlaß zu weiterer Erwägung der angeregten Punkte abgeben wird, und daß selbst der Laie dasselbe nicht aus der Hand legen wird, ohne durch dasselbe im hohem Grade angeregt zu werden.

2. Archiv für practische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts ꝛc. von Emminghaus u. s. w. Neue Folge, III. Bd. Hft. 2. (Darmstadt und Leipzig bei Eduard Zernin 1866).

In diesem Hefte werden uns zwei Aufsätze, der eine von Buff (Cassel) über die Frage: ob Mitbesitzer unter einander possessorische Interdicte haben? und ein Aufsatz von Hoffmann (Darmstadt) über die Stellung des Civil-Rechts zum Handelsrecht beim Kaufgeschäfte und dessen Arten vorgelegt, dann aber 8 Entscheidungen interessanter Rechtsfällen mitgetheilt.

3. Entwurf einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten, nach der zweiten und letzten Lesung in der Commission, herausgegeben vom Obergerichtsrath Struckmann (Hannover bei Helwing 1866).

Dieser in Octav-Format gelieferte einfache Abdruck des im 689 §§. gefaßten, den Concursproceß nicht umfassenden, Entwurfs einer allgemeinen Civilproceßordnung für Deutschland, wie derselbe aus der zweiten und letzten Lesung der Commission hervorgegangen ist, giebt nicht bloß auch dem weiteren juristischen Publikum Gelegenheit, die Resultate kennen zu lernen, zu welchen die Commission auf Grund ihrer eingehenden Berathungen gelangt ist, sondern gewährt auch, zumal mit Zuhülfenahme der Protocolle, ein Mittel zum richtigem Verständniß unserer eignen Civil-Proceßordnung, indem gar viele Zweifel, zu welchen die Fassung der Letzteren noch immer Anlaß bietet, durch eine klarere Fassung der betreffenden

Digitized by Google

Paragraphen im Entwurfe beseitigt werden. Beide Gesichtspunkte werden gewiß dieser Druckschrift einen reichlichen Absatz sichern.

4. Entscheidungen des Tribunals zu Celle, mitgetheilt von den Anwälten Wolde, Reuter, Hausmann, Himstedt, Naumann, Evers, Meyersburg, Borchers. (Helwing'sche Buchhandlung in Hannover 1866).

Diese Sammlung, welche von allen Seiten, auch vom Auslande, als ein verdienstliches Unternehmen anerkannt wird, liefert aus dem Zeitraum von 1864 und 1865 143 Entscheidungen der 3 Civilsenate des K. O.-A.-G., und es zeichnet sich die diesmalige Lieferung vor der früheren dadurch aus, daß die der Entscheidungen zum Grunde liegenden Facta, bei einem großen Theile der Mittheilungen in diesem Hefte mit mehrer Umständlichkeit vorgelegt werden, wodurch das Verständniß der Präjudize sehr gewinnt.

5. Die Besoldungen der juristischen Civildiener im Königreiche Hannover, von einem Justizbeamten, (es ist der Verfasser nicht weiter bezeichnet.) Göttingen bei Vandenhoek und Ruprecht 1866.

Es wird in Anlaß der anscheinenden Absicht der Regierung, Gehaltsverbesserungen eintreten zu lassen, dieser Gegenstand zu Gunsten der Justiz- und Verwaltungsbeamten, soweit sie nicht zu den Vorständen des Ministerii und der Justiz- und Verwaltungs-Collegien, zu den Generalsecretairen und den Mitgliedern des Ober-Appellations-Gerichts gehören, eingehend besprochen, und statt der bisherigen zu großen Ungleichheiten und Härten führenden Weise der Ascension in höhere Gehaltsklassen ein Modus proponirt, danach der Einzelne bei einem gewissen Dienstalter einen bestimmten Gehaltsbetrag soll beanspruchen dürfen, bis er in die für die betreffende Branche höchste Diensteinnahme ascendirt sein würde. Daneben sollen sämmtliche Justiz- und bezw. sämmtliche Verwaltungsbeamte, einerlei ob sie Mitglieder einer höhern oder unteren Behörde sind, unter einander zu der nämlichen Gehaltsscala gehören, unbeschadet einer extraordinairen Zulage für Mitglieder und Referenten in den Dicasterien. Zugleich wird ein Versuch gemacht, auszuführen, daß diese Vorschläge wenig mehr an Geldmitteln erfordern.

Ob Letzteres wirklich der Fall, vermögen wir auf Grund der, auf etwas willkürlichen Prämissen beruhenden Deduction nicht zu beurtheilen, das Billige der Vorschläge für die Gesammtheit der betreffenden Angestellten wollen wir aber nicht bestreiten, wie ja auch ähnliche Einrichtungen in anderen Staaten bestehen, so daß das Gesagte an maßgebender Stelle bereits ohnehin bekannt sein dürfte.

Digitized by Google

Neues Magazin

für

hannoversches Recht.

Siebenten Bandes Drittes Heft.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen und Präjudizien.

1. Controversen aus dem lüneburgschen Meierrechte.

Vom Herrn O.=G.=R. Stromeyer in Celle.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Band VII p. 163 des N. Mag.)

55. Haben die Kinder des Interimswirths gesetzlich ein Recht auf eine Abfindung aus dem Hofe oder dem Allodialnachlasse des verstorbenen Meiers?

Diese Frage ist in den Lüneburgischen Gesetzen mit Stillschweigen übergangen, und ist streitig. Pfeiffer S. 333 nimmt eine gemeinrechtliche Berechtigung derselben auf eine Abfindung an. v. Ramdohr III 135 bezeugt, daß das O.=A.=G. denselben ein Recht auf eine Abfindung zuerkenne, welche nach der Größe des vom Vater Eingebrachten bestimmt werden müsse. Damit einverstanden ist Pufendorf IV obs. 181 und Struben de j. v. cap. VIII §. 6. Cf. auch Struben rechtl. Bed. I, Bed. 35 S. 47 und Bed. 57 S. 77. Jur. Zeit. 1832 II 60.

v. Ramdohr behauptet jedoch III. S. 197: Die Kinder des Interimswirths haben kein Recht, eine gleiche Abfindung mit den Kindern erster Ehe aus dem Hofe gegen Einwerfung des von ihrem Vater Eingebrachten zu erhalten, wenn nicht eine besondere Observanz erwiesen sei; — diese Grundsätze seien vom O.=A.=G. gebilligt am 18. März 1799 i. c. Sommer c. Spradau.

Digitized by Google

Runde J. W. §. 90 S. 206 und Niemeyer S. 195 sind dagegen der Meinung, daß ihnen eine Abfindung aus dem vom Vater des Anerben herstammenden allodio nicht gebühre, und daß, — wenn nicht etwas Anderes pactirt worden, — ihnen nur ein Erbrecht am Nachlasse ihrer Eltern zustehe; — zum Nachlasse ihres Vaters gehören auch dessen Ansprüche auf Vergütung für die Verwendungen, welche derselbe — ohne contractlich dazu verpflichtet zu sein — in den Hof gemacht habe.

Plate S. 61: man könne dem Herkommen nach nicht zur Regel annehmen, daß des Interimswirths Kinder gleich den Kindern erster Ehe aus dem Hofe dotirt werden müßten; zu Zeiten werde ihnen ein Brautschatz verschrieben mit Rücksicht darauf, daß der Interimswirth während seiner Mahljahre Hofesschulden aus seinen Mitteln abgetragen habe, zuweilen werde ausgemacht, daß dem Interimswirth alle Verbesserungen vergütet werden müssen, daß aber seine Kinder keinen Brautschatz aus dem Hofe erhalten sollen.

Ein neueres Präjudiz:

Der große Senat des O.=G. Dannenberg hat i. c. Främke c. Maatsch am 23. April 1856 erkannt: daß den Kindern des Interimswirths ein gesetzliches Recht auf Abfindung zustehe. Dagegen hat in der Berufungs=Instanz das O.=A.=G. Sen. 2 unterm 19. Juni 1857 erkannt:

In Erwägung, daß wenn Klägerin nach Ablauf der Mahljahre und Uebernahme des Hofes durch den Beklagten auf Feststellung ihrer Abfindung zu einem Drittel des vorhandenen allodii klagt, die Einrede der nicht gehörigen Erfüllung des Interimswirthschaftscontracts seitens ihrer Eltern mit rechtlicher Wirkung allerdings ihr entgegengesetzt werden konnte, anerwogen, daß, — sowie Interimswirthschaften nur durch Vertrag der betheiligten Personen entstehen, so auch die Vortheile, welche dem Interimswirthe oder dessen Kinder nach abgelaufenen Mahljahren zu Theil werden sollen, in jedem einzelnen Falle Gegenstand besonderer Vereinbarung sein müssen, und daß insbesondere den Kindern eines Interimswirths ein gesetzlicher Anspruch auf Abfindung überall nicht zusteht.

Digitized by Google

56. Darf ein Leibzüchter die Nutzung der Leibzuchtswohnung oder eines Theils derselben ohne Zustimmung des Hofwirths einem Dritten überlassen?

Struben sagt (Th. I. Bed. 168 S. 261): die Leibzucht der Bauern sei ein Nießbrauch, im Jahre 1772 habe die Justiz-Canzlei zu Hannover erkannt: Weilen die Leibzüchter usufructuarii sind ꝛc.

Bülow und Hagemann behaupten (Bd. VII. E. 51 S. 169):

Jeder Altentheil hat die Eigenschaft eines wahren Nießbrauchsrechts. Vermöge desselben ist der Leibzüchter befugt, über den Altentheil, jedoch nur in soweit während der Dauer desselben zu disponiren, als dem Wirthe keine neue Last dadurch auferlegt, oder die übernommene beschwerlicher und lästiger gemacht wird. Er kann daher ohne Zweifel die ihm zur Benutzung verschriebenen Altentheilsländereien, Wiesen, Gärten, Früchte und dergleichen an Dritte verpachten oder abtreten, — aber diejenigen Vortheile an Niemand vermiethen oder überlassen, die derselbe ohne Nachtheil des Wirths an einem andern Orte als im Hofe nicht füglich genießen kann, z. B. die Beköstigung an des Wirthes Tische, Wäsche, Wohnung u. s. w. —, mag sie in einem bloßen Insitze oder in einer abgesonderten Leibzuchtswohnung — Kothe, Speicher — bestehen.

Runde von der Leibzucht §. 29 spricht sich dahin aus:

Die Leibzucht könne in Nutzungsrechten objectiv-dinglicher Art oder in objectiv-persönlichen Befugnissen (z. B. Prästation von Korn, Milch, Butter ꝛc.) bestehen. Die ersten gehören in die Classe der persönlichen Servituten, letztere nicht, weil das R. R. Servituten, welche persönliche Leistungen des Verpflichteten zum Gegenstande haben, nicht kenne. Bei den ersteren seien die allgemeinen Vorschriften des R. R. über Servituten anwendbar, aber bei der Anwendung der für einzelne Arten der persönlichen Servituten vorhandenen Bestimmungen sei große Behutsamkeit nöthig. In Ansehung der Leibzuchtsländereien, Holzungen und Torfmoore seien die Befugnisse des Leib-

Digitized by Google

züchters gewöhnlich geringer als die, welche das R. R. dem Nießbräucher einräumen.

Im §. 30 führt Runde näher aus, daß die römischrechtlichen Bestimmungen über die Nebenarten des ususfructus, nämlich die servitus habitationis und die servitus usus nicht anwendbar seien auf ein dem Leibzüchter zur Wohnung angewiesenes besonderes Leibzuchtshaus, und noch viel weniger auf den ihm verstatteten Einsitz (freien Sitz) im Hause des Hofwirths. Der usuarius dürfe einen Miethsmann einnehmen, jedoch dürfe er seinen usum nicht ganz einem Andern überlassen; — dem zur römischen habitatio Berechtigten stehe auch dies frei, wenn es nur nicht umsonst geschehe. Der Insitzer aber sei zu einer solchen Ueberlassung weder ganz noch zum Theile, weder unentgeltlich noch gegen Vergütung befugt, der Insitz sei auf des Leibzüchters und der Seinigen individuelles Bedürfniß eingeschränkt, und dabei sei auf seine Lebensart, seine persönlichen Eigenschaften und sein nahes Verhältniß zum Hofewirthe Rücksicht genommen. Solche schonende Rücksichtsnahme sei durchaus nöthig, da Beide bei dem engen Beisammenwohnen in tägliche Berührung kommen.

Das Leibzuchtsrecht (heißt's im §. 41 weiter) sei, wenn die Quantität oder Qualität der angewiesenen Vortheile allein durch Hinweisung auf des Leibzüchters individuelles Bedürfniß bestimmt sei, ein höchstpersönliches, unveräußerliches. Der Insitz, die freie Beköstigung an des Hofwirths Tische, und die vom Letzteren übernommene Wartung und Verpflegung des Leibzüchters könne nicht verkauft, verpachtet, zum Mitgenusse überlassen, oder von den Gläubigern zum Concurse gezogen werden. Wenn aber abgesonderte Grundstücke z. B. ein Leibzuchtshaus zur Nutzung oder Mobilien zum ausschließlichen Gebrauche angewiesen seien, und wenn Prästationen nach Quantität, Qualität und Zeit genau bestimmt seien, könne das Leibzuchtsrecht solange, wie der Leibzüchter lebe, an einen Andern abgetreten oder auch zum Concurse gezogen werden.

Anderer Ansicht ist Preuß: die Leibzucht.

Ich theile obige Rundesche Grundsätze vollständig; ich halte zwar die allgemeinen Vorschriften des R. R. über Servituten, — nicht aber alle römischen Vorschriften über einzelne Arten von Ser-

Digitized by Google

vituten für anwendbar auf die Leibzucht. Sie ist ein deutschrechtliches Institut, ähnlich den römischrechtlichen Servituten, aber ihnen nicht durchaus gleich stehend, vielmehr haben sich dabei manche eigenthümliche Normen ausgebildet. Es ist deßhalb unzulässig dies Institut unter die Vorschriften des R. R. über fremdartige wenn auch ähnliche Verhältnisse zu zwängen.

Was nun insbesondere die Frage anlangt, ob ein Leibzüchter die Nutzung der Leibzuchtswohnung oder eines Theils derselben ohne Zustimmung des Hofwirths einem Dritten überlassen dürfe, so wird hier der oben erwähnte Grundsatz maßgebend sein müssen, daß der Leibzüchter die Ausübung seiner Leibzuchtsrechte einem Andern nur insoweit überlassen dürfe, als dem Hofwirthe dadurch keine neue Last auferlegt oder die übernommene nicht erheblich beschwerlicher und lästiger gemacht wird. Dieser Grundsatz läßt dem richterlichen Ermessen freien Spielraum; bei seiner Anwendung treten nicht selten divergirende Ansichten hervor. So geschah es in folgendem Rechtsfalle in Sachen des Halbmeiers F. Meier zu Hülptingsen, Kl. c. den Anbauer Bode daselbst, Bekl., w. Störung des Eigenthums.

Die Wittwe Meyer zu Hülptingsen hatte eine Leibzucht zu beziehen, bestehend in einem besonderen Leibzuchtshause und verschiedenen Prästationen. Nach entstandenem Streite mit dem Hofbesitzer verließ sie ihre Leibzuchtswohnung, zog zu ihrem in demselben Dorfe wohnenden Schwiegersohn Bode und consumirte dort die sonstigen Leibzuchts-Prästationen. Als sie nun dem Bode gestattet hatte, ein ihm gehöriges Fuder Stroh auf den Boden des Leibzuchtshauses hinzulegen, und Bode dies gethan, wurde derselbe von dem Hofwirthe verklagt. Der Klagantrag ging dahin: den Beklagten zur Anerkennung des klägerischen Eigenthums an dem Leibzuchtshause schuldig zu erkennen und ihm fernere Störungen zu untersagen.

Das Amtsgericht Burgdorf hat unterm 3. October 1860 dem Klagantrage gemäß erkannt, davon ausgehend, daß die Leibzüchterin nicht befugt gewesen sei, ihr persönliches Nutzungsrecht an dem Hause einem Dritten zu überlassen.

Der kleine Senat des O.-G. Celle hat aber unterm 21.

Digitized by Google

December 1860 den Kläger abgewiesen und in den Entscheidungsgründen ausgesprochen:

Da eine Leibzüchterin befugt erscheint, die Benutzung des ihr als Theil ihrer Leibzuchtswohnung überwiesenen Bodenraums einem Anderen zu überlassen, falls dem Hofbesitzer dadurch keine neue Last auferlegt und die von demselben übernommene Last dadurch nicht beschwerlicher gemacht wird, — in Erwägung, daß weder in dem Wesen des Meierrechts noch in gemeinen meierrechtlichen Grundsätzen, noch in einem Landesgesetze ein Grund zu einer beschränkteren Auffassung der Rechte einer Leibzüchterin zu befinden ist, —

Die Ansicht des dissentirenden Gerichtsmitgliedes, daß es eine erhebliche Belästigung des Hofwirths sei, wenn er dulden müsse, daß Fremde auf dem Boden verkehren, wo auch einige seiner Vorräthe unbewacht liegen, drang nicht durch, weil der Kläger die Ehrlichkeit des Bode nicht in Zweifel gezogen hatte.

Strenger ist die Justiz-Canzlei Celle bei Anwendung jenes Grundsatzes gewesen in den von Bülow und Hagemann VII E. 51 mitgetheilten Erkenntnissen vom 12. März 1823 i. c. Ohlrogge c. Rehfeld und vom 26. November 1823 i. c. Lübberstedt c. Steinke. Das erstere steht auch in der Jur. Zeitung de 1842 I. 190.

Es ist darin ausgesprochen: „Der Leibzüchter sei nach meierrechtlichen Grundsätzen und kraft des ihm an den Leibzuchts-Grundstücken zustehenden lebenslänglichen Nießbrauchsrechts befugt, die ihm zur Leibzucht verschriebenen Feld- und Gartenländereien zu verpachten, da dem Hofwirthe dadurch weder eine neue Last auferlegt noch die übernommene beschwerlicher und drückender gemacht werde, es vielmehr dem Hofwirthe gleichgültig sein könne, ob der Leibzüchter die fraglichen Grundstücke selbst oder durch Verpachtung an einen Dritten benutze, — dagegen dürfe der Leibzüchter die ihm eingeräumte Leibzuchtswohnung; möge sie in einem bloßen Insitze oder einer besonderen Wohnung bestehen, nicht an einen Dritten vermiethen, weil dadurch die Last des Hofwirths drückender gemacht werde, indem bei der Einräumung der Wohnung auf die besonderen Eigenschaften des Leibzüchters und sein individuelles Bedürfniß Rücksicht genommen sei, auch die stillschweigende Absicht der Con-

Digitized by Google

trahenten vorauszusetzen sei, daß der Leibzüchter in eigner Person die Wohnung nutzen werde.

---

57. Darf ein verwittweter Leibzüchter, welcher sich wieder verheirathet, seine zweite Ehefrau ohne Einwilligung des Hofwirths in seine Leibzuchtswohnung aufnehmen?

Struben rechtl. Bed. Th. I Bd. 33 S. 44 verneint diese Frage. Der für seine Meinung angeführte Grund: es sei unthunlich, daß zwei Familien in einer Stube wohnen, mehrere Stuben finden sich aber selten in Bauernhäusern, — trifft bei dem inzwischen gewachsenen Wohlstande der Bauern nicht mehr zu. Die Billigkeit spricht dafür, dem Leibzüchter die Aufnahme seiner zweiten Ehefrau in die Leibzuchtswohnung zu verstatten. Dieser Meinung ist auch Runde v. d. Leibzucht §. 42, weil die Last des Verpflichteten dadurch nicht vermehrt werde. Letzterer Grund mag in der Regel richtig sein, nicht aber in dem Ausnahmsfalle, wenn der Leibzüchter noch Kinder erzeugt.

Präjudizien:

1) Erk. der Justiz-Canzlei zu Hannover vom 6. Januar 1830 in einer Calenbergschen Sache. Jur. Zeitung 1830 II. 64.

Da einem Altentheiler, wenn die Art der ihm zugewiesenen Wohnung dieses möglich macht, allerdings frei steht, die schon ihm allein gebührende Wohnung auch mit einer aufheirathenden Ehefrau — so lange sein Recht auf die Leibzucht dauert, zu theilen, — —

2) Urtheil des gr. Senats des O.-G. Celle vom 12. Februar 1862 i. c. des Halbhöfners Niebuhr zu Kirchweyhe, Klägers c. den Altvater Perau daselbst, wegen Altentheils.

Nach dem Tode des herrschaftlichen Halbhöfners Niebuhr zur Kirchweyhe hat dessen Wittwe den Beklagten Perau geheirathet. Letzterer hat bis 1857 den Hof als Interimswirth verwaltet und hat dann eine ihm verschriebene Leibzuchtswohnung, bestehend aus Stube und Kammer in des Hofwirths Wohnhause, bezogen. Nach dem Tode seiner Frau hat er sich ander-

Digitized by Google

weit verheirathet, und seine zweite Frau in die Leibzuchtswohnung aufgenommen. Sein Stiefsohn (der Hofwirth) hat ihm die Befugniß dazu streitig gemacht.

Der gr. Senat des O.=G. Celle hat den Kläger abgewiesen aus folgenden Gründen:

Da nun, — die Haupt=Streitfrage anlangend, — die dem Beklagten zugestandene Berechtigung nicht auf einen Insitz in des Hofwirths Stube beschränkt, vielmehr demselben eine abgesonderte Stube und Kammer in dem neuen Hause des Klägers als Leibzuchtswohnung angewiesen ist, — und da es nach Grundsätzen des gemeinen deutschen Meierrechts einem Altentheiler, welchem besondere getrennte Parcellen des Wohnhauses zur Leibzuchtswohnung eingeräumt sind, allerdings freisteht, diese ihm überlassene Wohnung so lange, als sein Recht auf die Leibzucht fortbesteht, mit einer aufheirathenden Ehefrau zu theilen, falls dem Hofwirthe dadurch keine neue Last auferlegt und die übernommene Last nicht erheblich beschwerlicher gemacht wird, — da ferner die klägerische Behauptung, daß durch die Aufnahme der beklagtischen Ehefrau in die Leibzuchtswohnung ihm, dem Hofwirthe, eine erheblich größere Belästigung erwachse, als nicht gehörig substantiirt zu erachten ist, indem die von demselben angeführten Momente: die stärkere Abnutzung der Wohnung durch die Frau und deren muthmaßlich erfolgenden Kinder, und die Schwierigkeit der Controle, ob nicht höchst=persönliche Leibzuchts=Prästationen, z. B. freie Feuerung und freies Licht, auch von der Frau und den Kindern genutzt werden, als eine erhebliche Vergrößerung der Leibzuchtslast nicht angesehen werden können, — so ꝛc.

Das O.=A.=G. Sen. II hat unterm 9. Juli 1862 die Berufung des Klägers verworfen. Motive:

— — in Erwägung, daß der Beklagte nach Analogie dessen, was bei Ausübung der Servituten Rechtens ist, allerdings jeder unbilligen Belästigung des Eigenthümers sich zu enthalten hat, daß jedoch eine Verletzung dieses Grundsatzes nicht schon in dem vom Kläger allein geltend gemachten Umstande gefunden werden kann, daß Beklagter seine jetzige Ehefrau in jene Wohnräume mit aufgenommen hat, — —

Digitized by Google

58. Darf der Leibzüchter andere Personen in seine Leibzuchtswohnung aufnehmen?

Der mit einer eigenen Leibzuchtswohnung versehene Leibzüchter darf ohne Consens des Hofwirths eine fremde Person in seine Wohnung nur dann aufnehmen, wenn Kränklichkeit oder Alter ihm die Hülfe und Pflege durch einen Andern nothwendig macht. Inquilinen einzunehmen steht ihm nicht frei. Bülow und Hagemann VII. E. 51. S. 170 Note 6. Er darf aber seine noch nicht erwachsenen Kinder so lange bei sich behalten, bis sie dienen oder sich auf andere Weise ihren Unterhalt selbst verschaffen können. Dagegen braucht der Hofwirth zufolge der Red.-O. Cap. I, Art. 12 nicht zu dulden, daß die erwachsenen zum Dienen fähigen Kinder des Leibzüchters sich im Hofe aufhalten.*) Erk. des O.-A.-G. zu Dresden in Seuffert's Archiv I, Nr. 250. Ferner hat das O.-A.-G. zu Cassel erkannt: der Hofwirth brauche nicht zu dulden, daß verheirathete Kinder des Leibzüchters mit ihrer Familie sich in der Leibzuchtswohnung aufhalten. Seuffert's Archiv XIII, Nr. 50.

---

59. Der abtretende Colon kann mit dem Successor in den Hof auf, diesen bindende Weise den Altentheil für seine Ehefrau, ohne Zuziehung der letzteren vereinbaren.

In Sachen der Wittwe Kaeseberg aus Steinhorst, jetzt zu Gr. Kain, Klägerin und Wiederbeklagte, gegen den Müller Kaeseberg zu Steinhorst, jetzt den Kleinköthner Droegemüller und Großköthner Buhr daselbst, als Curatoren für das noch ungeborene Kind des weiland Müllers Kaeseberg zu Steinhorst, Beklagte und Wiederkläger, wegen Altentheils und Forderung, hat das O.-A.-G. in Celle Sen. II in der Berufungs-Instanz Obiges erkannt verbis:

— in Erwägung, daß die zweite in erster Instanz vorgeschützte Einrede mit Recht verworfen ist, da die Legitimation der Wittwe zur Einklagung eines Altentheils, welchen ihr Ehemann bei vertragsmäßiger Successionsregulirung von dem Hof-

*) Im 1. Sen. des O.-A.-G. ist kürzlich abweichend hiervon entschieden. Die Red.

Digitized by Google

annehmer für sie ausbedungen, auch ohne ihre persönliche Theilnahme an dem desfallsigen Vertrage nicht bezweifelt werden kann.

---

60. Von der Successsion in freie Bauerhöfe, und zwar solche, welche niemals in gutsherrlichem Verbande gestanden haben oder vor der Emanirung der Ablösungsgesetze davon befreiet worden sind.

I. Es darf wohl als feststehend angesehen werden, daß das im 44. Capitel der Polizei-Ordnung vom 6. October 1618 enthaltene Verbot der Zersplitterung und Naturaltheilung sich auch auf solche freie Bauerhöfe bezieht, welche niemals in gutsherrlichem Verbande gestanden haben oder vor der Emanirung der Ablösungsgesetze davon befreiet worden sind. Dieselben unterliegen nur einer Civiltheilung. Eine Ausnahme findet Statt im s. g. großen Freien im vormaligen Amte Ilten. Die Eingesessenen dieses Districts erfreuen sich mancher Freiheiten und Vorrechte, insbesondere auch des Rechts, ohne höhere Genehmigung ihre freien Höfe zu dismembriren und naturaliter zu theilen.

II. Es leidet auch keinen Zweifel, daß unsere hauptsächlichsten Meiergesetze, nämlich die Redintegrations-Ordnung vom 1. Juli 1699 und das Successions-Edict vom 19. Mai 1702 auf freie Bauerhöfe der fr. Art nicht anzuwenden sind, falls nicht bewiesen wird, daß dieselben in einem bestimmten Orte oder Districte gewohnheitsrechtlich auch auf solche freie Bauerhöfe zur Anwendung gebracht werden. Die Red.-O. enthält im §. IX die ausdrückliche Bestimmung, daß dieses Gesetz sich auf Erbgüter nicht beziehe. Daß das Successions-Edict auf Erbhöfe nicht anzuwenden sei, ist von der Cellischen Regierung declarirt in einem von Pufendorf II. obs. 96 mitgetheilten Rescripte vom 12. Juni 1704.

Ueber die Succession in freie Bauerhöfe bemerkt Eichhorn d. P. R. §. 364: „Bauergüter, welche freies Eigenthum sind, werden wie andere zur Erbschaft ihres bisherigen Besitzers ge-

Digitized by Google

hörige Grundstücke vererbt. Bloße gesetzliche Untheilbarkeit bewirkt nur, daß sich die Erben über eine Civiltheilung vereinigen müssen, hindert aber nicht den Verkauf an den Meistbietenden, wo dieser nicht besonders verboten ist. —

Sowohl in älterer als in neuerer Zeit hat das O.-A.-G. in Celle erkannt: daß bei der Beerbung des Besitzers eines (nicht erst durch Ablösung frei gewordenen) gutsherrnfreien Bauerhofes eine Civiltheilung nach den Regeln des römischen Intestaterbrechts Statt finde. Ein derartiges Urtheil von 1741 und mehrere aus der neuesten Zeit werden unten mitgetheilt werden.

Eine kurze Zeit haben andre Grundsätze bei dem gr. Senate des O.-G. Celle und dem zweiten Senate des O.-A.-G. obtinirt, bei ersterem etwa vom Januar 185$\frac{3}{4}$. Man hat nämlich damals angenommen, daß bei der Succession in solche freie Bauerhöfe nicht die Regeln des römischen Intestaterbrechts zur Anwendung kommen, sondern daß dabei die Grundsätze des deutschen Rechts in Beziehung auf Untheilbarkeit der Höfe, auf Anerbenrecht und auf Erhaltung der Höfe als reihepflichtige Stellen maßgebend sein. Diese Grundsätze sind ausgesprochen in dem obergerichtlichen Erk. vom 14. Januar 1853 i. c. Ahlves c. Barnstorf, in dem O.-A.-G.-Erk. vom 23. Februar 1854 i. c. Schrader c. Schrader, und in dem O.-A.-G.-Erk. vom 22. November 1855 i. c. Lüders c. Brandes. Seit 1859 hat man diese Grundsätze aufgegeben, und wendet bei der Succession in solche freie Höfe wieder die Regeln des römischen Intestaterbrechts an.

Erster Fall. (Ahlves c. Barnstorf.)

Urtheil des Obergerichts Celle vom 14. Januar 1853 und Urtheil des O.-A.-G. vom 21. April 1853 i. c. des Köthners Heinrich Ahlves aus Ahlten im Auftrage seiner Ehefrau, Dorothea geborene Barnstorf daher, Klägers, gegen den Köthner Hr. Barnstorf zu Ahlten, Beklagten, wegen Erbtheilung.

Hr. Christoph Barnstorf ist eingeheirathet in den gutsherrnfreien Kothhof seiner Ehefrau zu Ahlten, Amts Ilten, ist ohne letztwillige Disposition verstorben, und hat nachgelassen eine Wittwe und 4 Kinder, nämlich:

Digitized by Google

1) Dorothea, welche schon vor seinem Tode, anno 1845, den Köthner Ahlves geheirathet und eine Abfindung erhalten hat,

2) Friedrich (den ältesten Sohn),

3) Heinrich (den zweiten Sohn),

4) Christoph (den jüngsten Sohn).

Die Wittwe hat anfangs die Bewirthschaftung des Hofes fortgesetzt, und ist gegen Martini 1851 ohne letztwillige Disposition verstorben. Vierzehn Tage nachher ist auch der jüngste Sohn Christoph gestorben. Nach der Mutter Tode hat der älteste Sohn ohne Weiteres den Hof übernommen, ihn aber eingetretener Kränklichkeit halber am 27. Dec. 1851 seinem jüngeren Bruder Heinrich abgetreten, und ist zu Anfang des Jahres 1852 gestorben.

Dorothea ist gegen ihren Bruder Heinrich klagend aufgetreten, und hat beantragt: ihn zur Herausgabe des dritten Theils vom Werthe des Hofes cum fructibus perceptis et percipiendis seit dem Todestage der Mutter zu verurtheilen, und hat ihre Klage darauf gestützt, daß ihre Eltern ab intestato verstorben seien, und daß alle Kinder in den gutsherrnfreien Hof nach den Vorschriften des römischen Rechts succediren müssen.

Der Beklagte hat der Klage hauptsächlich Folgendes opponirt: Im Lüneburg'schen seien sowohl die freien als die pflichtigen Bauergüter untheilbar. Nach einer daselbst geltenden allgemeinen Observanz trete so wenig bei freien als bei pflichtigen Höfen die römische Intestaterbfolge ein, vielmehr succedire der älteste Sohn, oder wenn keine Söhne vorhanden seien, — die älteste Tochter — in den Hof, und die übrigen Kinder erhalten nur eine Abfindung. Der Klägerin sei in ihrer Ehestiftung eine Abfindung verschrieben.

Der große Senat des K. Obergerichts zu Celle hat unter'm 14. Januar 1853 erkannt:

Die angestellte Klage würde zwar begründet erscheinen, wenn im vorliegenden Falle lediglich die Grundsätze des römischen Intestaterbrechts zu berücksichtigen wären, es steht indessen die Civiltheilung eines im Lüneburg'schen belegenen — wenngleich in keinem gutsherrlichen Nexus stehenden Bauerguts in Frage, und daneben steht fest, daß im Lüneburg'schen die Un-

Digitized by Google

theilbarkeit der Bauerhöfe hergebracht ist. Hiemit ist die Anwendung der bei der römischen Intestat-Erbfolge geltenden Grundsätze unvereinbar, es findet vielmehr auch bei gutsherrnfreien Bauerhöfen im Lüneburg'schen in der Regel die Erbfolge nach Anerbenrecht Statt. Aus diesem Gründen wird die angestellte Klage zurückgewiesen, und die Klägerin zur Erstattung der Proceßkosten schuldig verurtheilt.

Der zweite Senat des O.-A.-G. hat im Urtheile vom 21. April 1853 die Ansicht des Obergerichts, daß zufolge notorischen Gewohnheitsrechts auch bei der Succession in freie Bauerhöfe die meierrechtlichen Grundsätze vom Anerbenrechte anzuwenden seien, — nicht gebilligt, hat aber aus einem anderen Grunde das Urtheil erster Instanz bestätigt, mit den Worten:

— — — — — — — — — — —

Da nun durch die Untheilbarkeit der Bauergüter und deren Naturaltheilung, keineswegs aber deren Civiltheilung ausgeschlossen wird, die auf letztere gerichtete Klage daher im Allgemeinen — in Anbetracht, daß das fr. Bauergut für ein gutsherrnfreies gehalten werden muß, als begründet erscheint, — da indessen das Recht der klägerischen Ehefrau auf Civiltheilung des Hofes jedenfalls dadurch beseitigt ist, daß sie in ihrer Ehestiftung vom 5. November 1845 die daselbst im zweiten Paragraphen von ihrem Vater ihr gemachten Versprechungen angenommen, und dadurch die Berechtigung ihres Bruders in den Hof zu succediren, gegen die ihr ausgelobte Abfindung anerkannt hat, es hiernach aber darauf, ob das vom Beklagten behauptete oder das vom Kläger erst in dieser Instanz geltend gemachte Gewohnheitsrecht hinsichtlich der gutsherrnfreien Höfe im Amte Ilten zu erweisen stehe, nicht weiter ankommt, so wird die Berufung verworfen und Kläger in die Kosten dieser Instanz verurtheilt.

Zweiter Fall. (Schrader c. Schrader.)

Am 18. April 1830 ist der Vater der streitenden Theile, der Halbhöfner Fr. Schrader zu Bilm im s. g. großen Freien gestorben. Es ist darauf eine Vormundschaft für die hinterbliebenen 7 minderjährigen Kinder angeordnet. Diese hat den Hof bis zum Jahre 1844 durch den ältesten Sohn verwalten

Digitized by Google

lassen. Am 1. Mai 1844 aber ist dem Letzteren in Gemäßheit eines an jenem Tage errichteten Hofübergabe- und Abfindungs-Contractes der Hof mit allen Meier- und Erbgrundstücken und dem Inventario zum Eigenthume übergeben, auch sind ihm die ausstehenden Forderungen abgetreten, — dagegen hat derselbe die Verpflichtung übernommen, einem jeden seiner Geschwister als Abfindung 700 Rthlr. Courant zu geben, und zwar 400 Rthlr. bei der Volljährigkeit des Abfindlings, den Rest in Terminen von 50 Rthlr. alternirend.

Der Kläger Joh. H. Schrader, ein jüngerer Sohn des Erblassers, ist zur Zeit des Abschlusses dieses Contractes noch minderjährig gewesen. Die Vormünder, welche den Contract abgeschlossen, haben ihn der obervormundschaftlichen Behörde zur Genehmigung vorgelegt, haben aber von dieser zur Resolution erhalten, daß zunächst die gutsherliche Genehmigung dazu zu erwirken sei, worauf die obervormundschaftliche Genehmigung dazu ertheilt werden solle. Es hat sich jedoch ergeben, daß der gutsherrliche Verband damals längst abgelöset war (es soll anno 1843 passirt sein). Dies ist angezeigt, die obervormundschaftliche Genehmigung ist aber zu dem fr. Contracte erst am 14. Januar 1852 ertheilt, zu welcher Zeit die sämmtlichen Schraderschen Kinder das Alter der Volljährigkeit bereits erreicht hatten. Im Jahre 1853 hat der Kläger gegen seinen ältesten Bruder Klage erhoben, und hat beantragt den Beklagten schuldig zu verurtheilen, ihm eine Abfindung zum Betrage von 1/4tel des beim Tode des Vaters vorhanden gewesenen Allodialvermögens und der Nutzungen, welche der Beklagte seither davon gezogen habe, zu verabreichen — nöthigenfalls nach zuvor wegen erheblicher Läsion eines Minderjährigen ertheilter restitutio in integrum gegen den Vertrag vom 1. Mai 1844, —
eventuell ihm den 7. Theil vom Allodialvermögen des Vaters cum fructibus perceptis et percipiendis seit der Klageerhebung herauszugeben,
in omnem eventum — praevia restitutione gegen den Vertrag vom 1. Mai 1844 — den Beklagten schuldig zu erkennen, die von den 700 Rthlrn. noch rückständige Summe auf einmal zu bezahlen, nebst Zinsen zu 5 pCt. seit der Klageerhebung.

Der Kläger hat die Rechtsgültigkeit des Contracts aus

Digitized by Google

dem doppelten Grunde bestritten, weil zu der darin enthaltenen Veräußerung kein decretum de alienando ertheilt sei, und weil es demselben an der, während der Minderjährigkeit des Klägers zu ertheilen gewesenen, obervormundschaftlichen Genehmigung fehle. Zugleich ist in den Klaganträgen behauptet, daß sich bei dem Hofe nur 48 Morgen 114 Ruthen Meierland befinden, und daß alle sonstigen Grundstücke allodiale seien, ferner daß zum Allodio die Hälfte der Scheune und der Stallgebäude gehöre, da solche vom Vater oder dem Großvater der Parteien erbauet seien.

Im Termine vom 6. October 1853 hat der Kläger behauptet: der Hof nebst Haus, Garten und den außer den 48 Morgen 114 Ruthen Meierland vorhandenen Grundstücken sei eine freie Reihestelle der Ortschaft Bilm im großen Freien; — bei freien Reihestellen seien die Abfindungen nach dem wahren Werthe des Hofes zu bestimmen, der älteste Sohn aber habe das Recht den Hof zur Bewirthschaftung für sich zu verlangen.

Der Beklagte hat in seinen Gegenanträgen behauptet: Der Contract vom 1. Mai 1844 sei rechtsbeständig und enthalte keine Läsion des Klägers, sämmtliche vorhandene Grundstücke seien Meiergut mit alleiniger Ausnahme eines Stückes Land im kleinen Kleefelde und eines Stückes Forstgrund, diese seien allodiale.

Im Termine vom 6. October 1853 hat der Beklagte nicht bestritten, daß der Hof eine freie Reihestelle bilde, — hat jedoch behauptet: bei den freien Reihestellen in der Amtsvogtei Ilten trete keine Civiltheilung ein, vielmehr gelte das Anerbenrecht.

Der große Senat des Obergerichts Celle hat mittelst Urtheils vom 13. October 1853 den Kläger abgewiesen, annehmend, daß des Klägers Abfindung bereits auf gültige Weise festgesetzt sei, und hat nebenbei ausgesprochen:

Rücksichtlich der Succession in Bauerhöfe, mögen solche in gutsherrlichem Verbande sich befinden oder nicht, und der Feststellung der Abfindungen der Geschwister des Anerben haben im Lüneburg'schen deutschrechtliche Grundsätze sich gebildet und Geltung gewonnen, welche auch auf die freie Reihestelle des Beklagten in der Art anzuwenden sind, daß darin eine Succes-

Digitized by Google

sion nach Anerbenrecht stattfindet, bei Feststellung der Abfindungen aber der wahre Werth des Hofes nicht allein maßgebend, sondern vorzugweise zu berücksichtigen ist, daß die Abfindungen die Kräfte des Hofes nicht übersteigen.

Auf Berufung des Klägers hat der zweite Senat des O.-A.-G. mittelst Urtheils vom 23. Februar 1854 erkannt:

— — In Erwägung ferner, daß, die Eigenschaft des fr. Hofes als freie Reihestelle vorausgesetzt, die angestellte Klage im Allgemeinen für rechtlich begründet ist, — da in Ansehung der Succession in Güter der fr. Art die Grundsätze des römischen Rechtes zur Anwendung zu bringen, letztere aber insofern einer Modification durch das deutsche Recht unterworfen sind, als

a) bei der Untheilbarkeit der freien Reihestellen dieselben nur einer Civiltheilung unterliegen, — als dieselben

b) in Rücksicht des Naturalbesitzes dem ältesten Sohne des Erblassers, als Anerben, zufallen, — und als sie

c) an der Reihe gehalten werden müssen, weßhalb im vorliegenden Falle die übrigen sechs Miterben — namentlich der hier allein in Betracht kommende Kläger —, ihre volle Erbportion nur insofern in Anspruch nehmen können, als der Beklagte im Stande ist, mit dem ihm von dem väterlichen Allodial-Nachlasse Zufallenden die Selle an der Reihe zu erhalten, und also die Klage nur insoweit als rechtlich begründet sich darstellt; — —

In Erwägung — (das Folgende ist abgekürzt.) daß der Vertrag vom 1. Mai 1844 die Klage nicht elidiren kann, weil dazu während der Minderjährigkeit des Klägers die obervormundschaftliche Genehmigung nicht ertheilt worden ist, — — wird unter Beseitigung des angefochtenen Erkenntnisses der Beklagte schuldig verurtheilt, dem Kläger eine, den Kräften der fr. Stelle angemessene, den in vorstehenden Entscheidungsgründen ausgesprochenen Grundsätzen entsprechende, und im Wege eines besondern, bei dem zuständigen Gerichte einzuleitenden Liquidations-Verfahrens zu ermittelnde Abfindung zu leisten.

Vollständiger ist dieses Urtheil mitgetheilt im H. Magazin Bd. IV. S. 290.

Der dritte Fall (Lüders c. Brandes),

betrifft ebenfalls einen nicht erst durch Ablösung frei gewordenen

Digitized by Google

Hof im großen Freien, und wird zur Erläuterung der, im großen Freien gewohnheitsrechtlich, geltenden eigenthümlichen Rechtsregeln ausführlicher in der nächsten Abhandlung mitgetheilt werden. Hier genügt eine kürzere Darstellung.

T. H. Brandes zu Ahlten, der Besitzer eines gutsherrnfreien Hofes zu Ahlten, ist mit Hinterlassung einer Tochter und eines Sohnes anno 1825 gestorben. Die Tochter hat anno 1843 bei ihrer Verheirathung mit dem Rademacher Lüders vorläufig 250 Rthlr. erhalten mit der Zusicherung, daß demnächst, wenn ihr jüngerer Bruder Heinrich den Hof annehme, festgestellt werden solle, ob sie noch mehr aus dem Hofe erhalten könne. Nachdem Heinrich den Hof angenommen hatte, hat die Ehefrau Lüders klagend von ihm die Hälfte des väterlichen Nachlasses, namentlich auch die Hälfte vom Werthe des Hofes verlangt, eventuell eine angemessene Abfindung. Sie hat sich damit einverstanden erklärt, daß nur eine Civiltheilung eintrete und daß ihr Bruder den Hof erhalte, hat aber behauptet, der volle Werth des Hofes müsse getheilt werden, weil freie Höfe nach den Regeln des römischen Intestaterbrechts vererbt werden.

Der Beklagte dagegen hat behauptet, daß auch in solche freie Höfe nach meierrechtlichen Grundsätzen succedirt werde, und daß die Geschwister des Anerben nur eine Abfindung erhalten.

Der gr. Senat des Ober-Gerichts Celle hat der Klägerin den Beweis auferlegt:

daß in dem s. g. Freien im Amte Ilten vermöge eines dort geltenden Gewohnheitsrechts bei Successionen in gutsherrnfreie Bauergüter das römische Intestaterbrecht zur Anwendung komme, und hat nach verfehlter Beweisführung die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin hat der zweite Senat des O.-A.-G mittelst Urtheils vom 22. November 1855 den Beklagten schuldig erkannt, der Klägerin aus der väterlichen Stelle eine der Hälfte des mittleren Ertragswerthes derselben entsprechende Abfindung — vorbehältlich einer durch die Beschaffenheit des Hofes als Reihestelle etwa gebotenen weiteren Ermäßigung — zu leisten, auch in Ansehung des übrigen väterlichen Nachlasses ein gleiches Erbrecht der Klägerin anzuerkennen und demgemäß die von ihm, dem Beklagten, etwa in Besitz genom-

Digitized by Google

menen übrigen Erbschaftsgegenstände zur Theilung zu bringen, — und hat in den Entscheidungsgründen ausgesprochen:

in Erwägung ferner, daß rücksichtlich der Succession in Bauergüter der vorliegenden Art in Beziehung auf Untheilbarkeit, auf Anerbenrecht und auf Erhaltung der Höfe als reihepflichtige Stellen die Grundsätze des deutschen Rechtes zur Anwendung zu bringen, und nur unter diesen Modificationen den Geschwistern des Anerben erbrechtliche Ansprüche an den Hof nach Maßgabe des Bestandes desselben zur Zeit der Antretung zuzuerkennen sind, wohingegen in Ansehung des außer der Stelle sammt Zubehör und Inventar nachgelassenen übrigen Vermögens eine gleiche Erbberechtigung für alle Kinder begründet ist, — — —

In den Trib.=Entsch. I. 31 sind mit der Ueberschrift „Rechte des Anerben und dessen Geschwister rücksichtlich der Succession in freie Bauergüter des Fürstenthums Lüneburg der Hof, Allodium übriges Vermögen" obige Entscheidungsgründe mitgetheilt mit folgender Hinzufügung:

Demgemäß erhält der älteste Sohn, resp. das älteste Kind, in Ermangelung anderweiter Regulirung des betreffenden Successionsfalles, den Hof, ist aber schuldig, den Geschwistern eine dem mittleren Ertragswerthe des Hofes entsprechende Abfindung, vorbehältlich einer durch die Beschaffenheit desselben als Reihestelle etwa gebotenen weiteren Ermäßigung, — zu leisten, auch das sonstige väterliche Vermögen mit seinen Geschwistern gleich zu theilen.

Dieser von den Herausgebern hinzufügte Satz enthält eine Unrichtigkeit, da vom O.=A.=G. nicht erkannt ist, daß nach deutschem Rechte bei der Succession in freie Höfe der älteste Sohn, resp. das älteste Kind in Ermangelung anderweiter Regulirung des betreffenden Successionsfalles den Hof erhalte. In jenem Falle bedurfte es einer Entscheidung darüber, wem der Hof gebühre, gar nicht, weil die Klägerin von vornherein sich damit einverstanden erklärt hatte, daß ihr Bruder den Hof erhalte — oder vielmehr behalte.

Durch die Aussagen der vernommenen Zeugen sind die singulairen Principien eruirt, welche gewohnheitsrechtlich bezüglich der Succession in frei Höfe des großen Freien gelten. In

Digitized by Google

den Entscheidungsgründen des fr. Urtheils sind aber jene im großen Freien geltenden singulairen Grundsätze unzutreffenderweise als solche bezeichnet, welche nach deutschem Rechte überhaupt bei der Successsion in gutsherrnfreie Höfe gelten.

Dieser Fall zeigt, wie bedenklich es ist, auf einzelne Präjudicien viel Gewicht zu legen. Die in jenem Urtheile ausgesprochenen Grundsätze fanden Anklag beim großen Senate des Ober-Gerichts Celle, umsomehr da sie eine Zersplitterung freier Höfe zu verhindern geeignet waren. In zwei Fällen wurden sie zur Anwendung gebracht, einmal i. c. Ahrbecker c. Ahrbecker, das zweitemal i. c. Feldmann c. Feldmann, verehelichte Ltermark; in jenem Falle wurde Berufung nicht zur Hand genommen, in diesem wurde vom O.-A.-G. reformirt. Seitdem hat man (sowohl der zweite Senat des O.-A.-G. als das O.-G. Celle) diese Grundsätze aufgegeben und ist zu den älteren richtigeren Principien zurückgekehrt, wornach (wenn nicht bewiesen wird, daß gewohnheitsrechtlich andere Normen gelten) freie Bauergüter einer Civiltheilung nach Maßgabe der Vorschriften des römischen Intestaterbrechts unterliegen.

Das Nähere ergeben folgende Präjudicien:

Vierter Fall (Ahrbecker o. Ahrbecker).

Urtheil des gr. Senats des Ober-Gerichts Celle vom 10. Juli 1856 i. S. des Christoph Ahrbecker zu Ahlten, Klägers, gegen die Wittwe weil. Hofbesitzers Hr. Ahrbecker daselbst, Beklagte, wegen Erbschaft.

— — — Da sodann die Parteien verschiedener Meinung darüber sind, nach welchen Grundsätzen bei Feststellung der klägerischen Abfindung hätte verfahren werden müssen, indem der Kläger behauptet, daß die Abfindung in Gemäßheit der im Freien des Amtes Ilten geltenden gewohnheitsrechtlichen Principien nach dem zu taxirenden mittleren Ertragswerthe der väterlichen Köthnerstelle, — vorbehältlich einer durch die Beschaffenheit derselben als Reihestelle etwa gebotenen weiteren Ermäßigung, — hätte bemessen werden müssen, und da dagegen die Beklagte die angeblich im 44. Capitel der lüneburgschen Polizei-Ordnung enthaltenen Vorschriften für die maßgebenden hält und das klägerischerseits behauptete Gewohnheitsrecht läuguet, so fragt sich's

Digitized by Google

ferner, ob dem Kläger neben dem Beweise der Läsion noch ein Beweis über die Existenz des fr. Gewohnheitsrechts aufzuerlegen sei.

Einer solchen Beweisauflage bedarf es nicht, weil die vom Kläger angegebenen Principien nicht als ein besonderes im Amte Ilten geltendes Gewohnheitsrecht anzusehen sind, vielmehr als die im ganzen Fürstenthume Lüneburg bei der Succession in gutsherrnfreie nicht erst durch Ablösung frei gewordene Bauergüter geltenden Grundsätze des deutschen Rechts. In Gemäßheit dieser Grundsätze erhält der älteste Sohn des Erblassers in Ermangelung anderweiter Regulirung des betr. Successionsfalles, — den gutsherrnfreien Hof sammt Zubehörungen und Inventar, ist aber verpflichtet seinen Geschwistern eine dem zur Zeit der Hofesantretung stattfindenden mittleren Ertragswerthe des Hofes entsprechende Abfindung, vorbehältlich einer durch die Beschaffenheit desselben als Reihestelle etwa gebotenen weiteren Ermäßigung —, zu leisten, auch dieselben an den, außer der Stelle sammt Zubehör und Inventar vom Vater nachgelassenen Vermögen zu gleichen Theilen participiren zu lassen.

Fünfter Fall. (Feldmann c. Feldmann.)

Urtheil des großen Senates des Ober-Gerichts Celle vom 27. Januar 1859 i. S. des Brinksitzers J. C. Feldmann in Hänigsen, Klägers und Wiederbeklagten gegen Marie D. Feldmann, jetzt verehelichte Utermark daselbst, wegen Auseinandersetzung.

Die Stelle des Erblassers sei ein gutsherrnfreies aber reihepflichtiges Bauerngut. Bei der Succession in die im Fürstenthume Lüneburg belegenen gutsherrnfreien Reihestellen kommen die deutschrechtlichen Grundsätze zur Anwendung: daß diese Stellen bei ihrer Untheilbarkeit nur einer Civiltheilung unterliegen in der Maße, daß dem ältesten Sohne des Erblassers als Anerben der Naturalbesitz der Stelle, den übrigen Kindern aber nur eine Abfindung zu Theil werde, und daß rücksichtlich des außer der Reihestelle vorhandenen väterlichen Allodial-Nachlasses allen Kindern ein gleiches Erbrecht zustehe. Der Anerbe habe seinen Geschwistern eine Abfindung zu entrichten, welche der nach der Zahl der sämmtlichen Erben zu berechnenden Quote des

Digitized by Google

mittleren Ertragswerthes entspreche, welchen die Stelle zur Todeszeit des Erblassers gehabt habe, — vorbehältlich einer weiteren Ermäßigung in dem Falle, wenn der Anerbe mit dem Ertrage der Stelle und mit dem ihm von dem väterlichen Allodialnachlasse Zufallenden die Stelle an der Reihe zu erhalten außer Stande sein sollte.

Das O.=A.=G. Sen. 2 hat in dem in der Berufungs=Instanz erlassenen Urtheile vom 21. October 1859 die obigen Grundsätze nicht gebilligt, vielmehr erkannt: freie reihepflichtige Bauerngüter dürfen zufolge der Polizei=Ordnung Cap. 44. nicht zersplittert werden, sie unterliegen aber einer Civiltheilung zu gleichen Theilen für die einzelnen Erben, wenn nicht eine andre Erbtheilungsweise gewohnheitsrechtlich feststehe. Dem Kläger ist der Beweis des von ihm behaupteten, im Bezirke der Aemter Burgdorf und Meinersen bestehenden Gewohnheitsrechts nachgelassen.

Sechster Fall. (Gaden c. Gaden.)

Urtheil des zweiten Senats des O.=A.=G. in Sachen der von Caspar Gaden nachgelassenen Töchter Anna Marie und Anna Magdalena Gaden zu Wilsche, Klägerinnen c. Hans Jürgen Gaden daselbst, pto hereditatis vom 14. December 1741.

Hans Gaden zu Wilsche, Amts Gifhorn, Besitzer eines gutsherrnfreien Hofes und einiger Wiesen und Aecker, hat diese Immobilien seinem ältesten Sohne, Hans Jürgen Gaden, laut dessen Ehestiftung zugetheilt, und hat seinem jüngeren Sohne Caspar bei dessen Verheirathung 200 ℔ verschrieben. Außerdem scheint er noch eine Tochter gehabt zu haben. Nachdem anno 1715 erfolgten Tode des Hans Gaden haben die beiden Töchter des Caspar Gaden ihren Oheim Hans Jürgen Gaden verklagt, und Herausgabe eines Drittels des großväterlichen Nachlasses verlangt. Nach längerem Processiren ist der Beklagte von der Justiz=Canzlei zu Celle mittelst Erk. vom 10. Mai 1738 schuldig verurtheilt, den Klägerinnen ein Drittel des gesammten großväterlichen Nachlasses (auch des Hofes und der sonstigen Immobilien) herauszugeben.

Der Beklagte hat dagegen appellirt, und dabei namentlich auszuführen gesucht, daß der Hof und die dazu gehörigen Grund=

Digitized by Google

stücke nach der Polizei-Ordnung nicht zur Theilung kommen dürfen. Allein das decretum a quo ist vom O.-A.-G. unterm 14. Dec. 1741 bestätigt.

Unvollständig ist dieser Fall mitgetheilt von Pufendorf obs. I. 84.

Siebenter Fall. (Strüver c. Strüver.)

Urtheil des gr. Senates des O.-G. Lüneburg vom 2. Juli 1857 i. S. des Häuslings Hr. Peter Strüver in Neuwulnesstorf, Klägers gegen Cathar. Elisabeth Strüver in Fischbeck, Beklagte, wegen Herausgabe einer Stelle.

Joh. Christoph Strüver hat im Jahre 1816 eine Anbauerstelle zu Fischbeck, Amts Moisburg, gekauft, hat die Succession in dieselbe in seinem letzten Willen seiner Tochter zweiter Ehe Cath. Elisabeth zugesichert und ist 1857 gestorben. Sein Sohn hat seine Schwester auf Herausgabe der Stelle verklagt, behauptend, daß ihm ein Anerbenrecht daran zustehe, möge die Stelle, wie er behaupte, meierpflichtig sein oder nicht, denn die Bestimmungen des Successions-Edicts seien auch auf gutsherrnfreie Stellen anwendbar.

Die Beklagte hat behauptet: ihr Vater habe über die Stelle frei verfügen dürfen, weil derselbe sie gekauft habe, und weil sie gutsherrnfrei sei; hat ferner die Einrede vorgeschützt, daß der Kläger die väterliche Disposition genehmigt habe.

Der gr. Senat des O.-G. Lüneburg hat mittelst Urtheils vom 2. Juli 1857 dem Kläger den Beweis auferlegt: daß die fr. Stelle eine gutsherrnpflichtige gewesen sei, und hat der Beklagten den Beweis nachgelassen: daß der Kläger die fr. väterliche Disposition genehmigt habe, unter weiterer Ausführung folgender Gründe:

Nach der für die Freiheit des Eigenthums streitenden Präsumtion sei vorerst anzunehmen, daß die fr. Stelle eine gutsherrnfreie sei. Ueber eine freie (nicht erst durch Ablösung frei gewordene) Stelle hätte aber der Vater frei verfügen gedurft, weil auf solche Stellen die beschränkenden Vorschriften des Successions-Edicts keine Anwendung finden. Wenn dagegen die Stelle ein Meiergut sei, hätte der Testator darüber zum Nachtheile des Anerben nicht verfügen gedurft

Digitized by Google

Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Stelle eine angekaufte oder eine ererbte sei.

Dies Urtheil ist in der Berufungs-Instanz vom O.-A.-G. unterm 14. September 1858 bestätigt.

Achter Fall. (Knibbe c. Knibbe.)

In Sachen des Einwohners Hr. Knibbe zu Mandelsloh, Klägers gegen H. F. Knibbe zu Mellendorf, Beklagten, wegen Herausgabe der väterlichen Stelle, hat der große Senat des O.-G. Celle mittelst Urtheils vom 29. October 1857 erkannt: im Fürstenthum Lüneburg sei weder durch ein Gesetz noch durch ein notorisches Gewohnheitsrecht dem ältesten Sohne eines gutsherrnfreien (nicht erst durch Ablösung frei gewordenen) Hofes ein ihm durch keine väterliche Disposition entziehbares Successionsrecht in den väterlichen Hof beigelegt.

Berufung ist nicht zur Hand genommen.

Neunter Fall. (Reinhardt c. Reinhardt.)

Urtheil des Sen. II des O.-A.-G. vom 6. Januar 1864 i. c. des Reinhardt zu Trebel c. Reinhardt zu Grabow, wegen Herausgabe einer Anbauerstelle.

In Erwägung — — — —

in Erwägung, daß auch die eventuell vom Kläger begehrte veränderte Fassung des Beweissatzes als ungerechtfertigt sich darstellt, weil bei ursprünglich freien Bauergütern ein Anerbenrecht weder gesetzlich noch durch allgemeines Gewohnheitsrecht im Lüneburg'schen hergebracht, ein etwaiges lokales Gewohnheitsrecht aber vom Kläger nicht geltend gemacht ist, — — —

---

61. Bei der Successsion in gutsherrnfreie Bauerhöfe im s. g. großen Freien ist nicht das römische Intestaterbrecht maßgebend, vielmehr kommen dabei gewohnheitsrechtlich eigenthümliche Grundsätze zur Anwendung, welche denen des lüneburg'schen Meierrechts sehr nahe kommen.

Zu dem s. g. großen Feien gehören die im vormaligen Amte Ilten belegenen Dörfer Ilten, Bilm, Ahlten, Anderten,

Digitized by Google

Höver, Lehrte, Sehnde, Rethmar, Dolgen, Evern, Haimar, Klein-Lopke, Harber und Gretenberg. Ueber die dort stattfindenden eigenthümlichen Verhältnisse giebt Auskunft ein Aufsatz des Amtmanns Otto Heise „Die Freien im Hannoverschen Amte Ilten" in der Zeitschrift des historischen Vereins für Niedersachsen, Jahrgang 1856, S. 1—87. Es wird daraus Folgendes entlehnt:

Zur Zeit Karls des Großen befanden sich bei den Sachsen drei freie Stände: der Adalinge, der Frilinge (adelich Freien) und der gemeinen Freien (Frilazen). Die Gemeinfreien waren die eigentlichen uralten freien Landbauer. Sie haben ihre alten Rechte noch großentheils conservirt, und stehen vielleicht einzig in ihrer Art da. Ihre vorzüglichsten Rechte waren: Freiheit der Person und des Eigenthums, Freiheit von manchen Abgaben und Zöllen, das Recht, ohne zuvorige Concessionirung Handel, Gewerbe und Krugnahrung zu treiben, Bier zu brauen und Branntwein zu brennen, das Jagdrecht u. s. w., dagegen waren sie zu Kriegsdiensten verpflichtet. Die Freien haben seit uralter Zeit das Recht gehabt, ihre freien Höfe ohne Consens eines Obereigenthümers oder der Regiminalbehörde zu vereinzeln. Nur gewisse — früher aus der Gemeinheit ausgewiesene — Reihegrundstücke, meist von geringer Bedeutung, dürfen von den Freien, selbst mit Genehmigung nicht veräußert werden. Die Regierung hat zwar einige Male den Versuch gemacht, auch bei freien Höfen die Vorschriften der Polizei-Ordnung Cap. 44 zur Geltung zu bringen, d. h. eine Zersplitterung freier Höfe ohne regiminellen Consens nicht zu dulden, sie ist aber nicht damit durchgedrungen, da die Beamten zu Ilten es für unthunlich gehalten haben, den Freien ein Recht, welches sie seit undenklichen Zeiten besessen, ohne Erlassung eines neuen Gesetzes zu nehmen.

Außer dem Obigen giebt Heise über die privatrechtlichen Verhältnisse im großen Freien nur die dürftige Auskunft: es habe sich ein dem Meiergüterrechte analoges Güterrecht bei den freien Stellen ausgebildet. Es seien dort 365 Freie, 4 Besitzer von Rittergütern und freien Sattelhöfen, 33 Junkerleute. In allen jenen Dörfern kommen auch Meier vor, einige Freie besitzen neben ihrem freiem Hofe auch einen Meierhof. Die Reihe-

Digitized by Google

grundstücke betrugen 1554 Morgen 71 □Ruthen, die Erbgrundstücke 8576 Morgen 16 □Ruthen, die herrschaftlichen Lehn-, Meier- und Erbenzins-Grundstücke 1788 Morgen, die privatgutsherrlichen Meier- und Erbenzins-Grundstücke 5714 Morgen 47 □Ruthen.

Ueber die Grundsätze, welche im großen Freien bezüglich der Succession in freie Höfe und bezüglich der den übrigen Kindern zukommenden Abfindungen gewohnheitsrechtlich gelten, giebt der folgende Rechtsfall, insbesondere die Aussagen der vernommenen Zeugen, einige Aufklärung. Neues Licht wird darüber verbreitet werden durch den noch unentschiedenen Proceß i. c. Wöhler c. Wöhler, worin eine überaus große Menge von Zeugen über die Art und Weise, wie die Succession bei vielen freien Höfen stattgefunden hat, bereits vernommen ist und resp. noch vernommen werden wird.

Rechtsfall Lüders c. Brandes.

Der Besitzer einer gutsherrnfreien Vollkothstelle zu Ahlten in der Amtsvogtei Ilten, Thiele Hr. Brandes, ist ohne letztwillige Disposition am 5. Februar 1825 gestorben, mit Hinterlassung einer Tochter (der Klägerin) und eines Sohnes (des Beklagten). Als sich die Tochter im Jahre 1843 mit dem Rademacher Lüders zu Ahlten verheirathet hat, ist unter Concurrenz des Vormundes ihres Bruders am 6. December 1843 eine Ehestiftung aufgenommen und nachgehends obervormundschaftsseitig genehmigt, nach welcher die junge Ehefrau ihrem Ehemanne vorläufig und auf Abschlag ihrer Abfindung aus der väterlichen Stelle die Summe von 150 Rthlr. und statt der gebräuchlichen Aussteuer 100 Rthlr. Courant zugebracht hat.

Der Vormund hat versprochen jene Zahlungen aus dem unter seiner Administration befindlichen elterlichen Vermögen zu leisten, mit dem Zusatze: „daß diese Summen der jungen Ehefrau auf ihren gebührenden Erbtheil angerechnet werden sollen, indem erst dann, wenn ihr jüngerer Bruder den Hof annehme, weiter bestimmt werden solle, ob und wieviel sie noch aus den Gütern verlangen könne."

Im Juli 1849 hat der Bruder der Klägerin die väterliche Stelle sammt Inventar in Besitz genommen. Im Jahre 1853

Digitized by Google

hat die Klägerin in einem wider den Beklagten erhobenen Processe die Anerkennung ihres Erbrechts zu erstreiten gesucht, sie ist jedoch in regelrechter Maße rechtskräftig damit zurückgewiesen, weil ihr Miterbrecht in ihrer Ehestiftung vom 6. December 1843 bereits anerkannt sei, ihr auch jetzt vom Beklagten nicht bestritten werde; es bleibe ihr jedoch unbenommen ihre Rechte noch in ihrem ganzen Umfange auf den Grund jener contractlichen Verabredung geltend zu machen.

Im August 1853 hat die Klägerin eine neue Klage gegen den Beklagten erhoben, gestützt auf ihr Intestaterbrecht, die Ehestiftung vom 6. December 1843 und das erwähnte rechtskräftige Erkenntniß vom 15. Juni 1853. Sie hat beantragt: den Beklagten schuldig zu erkennen, das im Besitz genommene väterliche Vermögen mit ihr gleich zu theilen, namentlich von dem Vollhofe nebst Inventario sie abzufinden nach Maßgabe des halben Werths dieser Gegenstände, —
eventuell den Beklagten schuldig zu erkennen, sie von dem väterlichen Hofe nebst Inventario nach Maßgabe der Hälfte des durch Taxation zu ermittelnden Werthes dieser Gegenstände, abzüglich des bereits Empfangenen, abzufinden. Der Hof sei gutsherrnfrei, und nach allgemeinen Grundsätzen, sowie einem im Amte Ilten geltenden Gewohnheitsrechte civiliter theilbar. Sie erkläre sich damit einverstanden, daß der Hof dem Beklagten belassen werde, wenn derselbe nicht vorziehe, ihn behuf ihrer Abfindung verkaufen zu lassen.

Der Beklagte hat zugestanden, daß sein Vater anno 1825 ohne Hinterlassung eines Testaments gestorben sei, und daß die streitenden Theile seine einzigen Kinder seien. Er hat geleugnet, daß das von der Klägerin prätendirte Erbrecht auf die Hälfte der väterlichen Verlassenschaft in der fr. Ehestiftung anerkannt sei, und hat eine Gleichtheilung des Hofes und Inventars verweigert, sich aber erboten, die Abfindung der Klägerin zu erhöhen, wenn Sachverständige erklären sollten, daß von dem Hofe eine größere als die gegebene Abfindung prästirt werden könne.

Derselbe hat behauptet, daß der Hof ein herrschaftlicher Meierhof sei, und hat geleugnet, daß freie Höfe nach einem im Amte Ilten geltenden Gewohnheitsrechte theilbar seien, hat vielmehr behauptet: dort bestehe das Gewohnheitsrecht, daß auch in

Digitized by Google

freie Höfe nach meierrechtlichen Grundsätzen succedirt werde, und die Geschwister des Anerben lediglich eine Abfindung erhalten.

Der große Senat des O.=G. Celle hat angenommen, daß regulariter auch bei der Succession in freie Bauerhöfe die meierrechtlichen Grundsätze anzuwenden seien, und daß dieselben daher auch hier Platz greifen müssen, wenn nicht die Klägerin den Beweis des von ihr behaupteten Gewohnheitsrecht erbringen werde,

daß dieser Beweis aber elidirt werden könne, dadurch, daß Beklagter die behauptete Meierqualität des Hofes beweise.

Derselbe hat deßhalb mittelst Urtheils vom 3. November 1853 der Klägerin den Beweis auferlegt:

daß in dem sogenannten großen Freien im Amte Ilten vermöge eines dort geltenden Gewohnheitsrechts bei Successionen in gutsherrnfreie Bauergüter das römische Intestaterbrecht zur Anwendung komme,

dem Beklagten aber den Beweis nachgelassen:

daß die fragliche Stelle in gutsherrlichem Verbande stehe.

Die Klägerin hat den ihr auferlegten Beweis angetreten durch Urkunden und Zeugen und eventuell durch Eidesdelation.

Der Beklagte hat als Gegenbeweiszeugen den Amtmann Hüpeden in Rotenburg vorgeschlagen, und hat erklärt: den ihm nachgelassenen Beweis: daß der Hof im Meier=nexu stehe, für jetzt nicht antreten zu wollen.

Die wichtigsten Zeugen=Aussagen sind folgende:

1. Der Amtsrichter Böttticher zu Ilten.

Im großen Freien (dem Amte Ilten) ist das Gewohnheitsrecht, daß bei Successionen in gutsherrnfreie Bauergüter das römische Intestaterbrecht zur Anwendung komme, — nicht vorhanden, kommt vielmehr nur modificirt zur Anwendung. Es ist bei diesen Gütern nach Gewohnheitsrecht das meierrechtliche Erbrecht analogisch angewandt; und wenn auch einzelne Fälle, in denen es zur gerichtlichen Entscheidung kam, mir nicht bekannt sind, — so ist mir doch eine Menge von Fällen bekannt, in denen die Ansicht eines solchen geltenden Gewohnheitsrechts bei der Erbfolge zum Grunde gelegt wurde, sodaß das Anerbenrecht anerkannt ist und die übrigen Erben zwar unter Zugrun=

Digitized by Google

belegung eines Taxats, jedoch nach den Kräften der Güter abgefunden wurden.

Dabei wurde die Hofesstelle selbst nebst den dabei befindlichen Grundstücken taxirt. Es war wohl gelegentlich die Rede von bonis avitis und angekauften Gütern, es ist aber ein Unterschied bei der Abfindung selbst nicht dazwischen gemacht. — Selbst bei der Taxation war es Grundsatz, daß nicht der Verkaufswerth, sondern der Ertragswerth zu Grunde gelegt wurde, wie der Hof an der Reihe und im Stande zu erhalten war. Den Anerben wurde, ähnlich wie bei einem Meiergute, ein praecipuum gestattet, wenngleich nicht so bedeutend, wie bei einem Meiergute, zumal die Gebäude vollständig mit zum Ansatz gelangten. Bei der Abfindung wurden Altentheile, Lasten, Schulden und Abgaben — von den Gütern abgezogen.

Diese Grundsätze sind auch rücksichtlich der Collateral-Erbfolge zur Anwendung gekommen, namentlich in einem Falle der Pleßschen Erben zu Ahlten seit ohngefähr einem Jahre, und der Krull'schen Erben zu Rethmar. Uebrigens ist diese Observanz zur Anwendung gekommen in folgenden namhaft gemachten Fällen, in welchen die reine römische Intestat-Erbfolge nicht zur Anwendung kam.

Vor etwa 30 Jahren verzichtete der älteste Sohn des Hofbesitzers Kracke in Ilten freiwillig zu Gunsten seines Bruders auf sein Hofanerbenrecht, weil er in einen Hof des Amts Hannover einheirathete. Inhalts einer öffentlichen Urkunde, welche ich selbst sah, erhielt dieser verzichtende Sohn außer einer Abfindung gleich seinen übrigen vom Hofe abgehenden Geschwistern noch ein Zumvoraus von etwa 200 ℛ unter dem Namen von Abstandsgeldern, für das ihm bis zum Verzicht zustehende Anerbenrecht.

In einem anderen Falle ist es von den Geschwistern des jetzigen Ortsvorstehers Falkenhagen in Sehnde längere Zeit hindurch anerkannt, daß sie einen Verkauf oder eine Verloosung des väterlichen Erbhofes nicht verlangen könnten, und ebensowenig eine Naturaltheilung der Erbgrundstücke; — daß sie vielmehr mit einer billigen Geldabfindung sich begnügen müßten. In einer zwischen diesen Geschwistern entstandenen processualischen Streitigkeit wurde, — soviel ich mich erinnere, — obgleich die

Digitized by Google

Regulirung der Abfindung wegen mangelnden obervormundschaftlichen decreti de alienando als nichtig angefochten wurde, dennoch nur eine bestimmte Geldabfindung für jedes Kind von 1000 ℛ gefordert, — nicht aber eine römischrechtliche Erbschaftstheilung.

In unzähligen mir zu Gesicht gekommenen Vormundschafts-Acten ferner haben die Vormünder den ältesten Erben des letzten Hofbesitzers sehr häufig als Anerben bezeichnet, ohne dazu eine weitere Veranlassung zu haben, als daß sie dadurch die Ueberzeugung aussprachen, es sei seit langen Jahren im Amte Ilten Rechtens, daß auch bei Erbhöfen dem ältesten Sohne allein der Hof gegen eine Geldabfindung seiner Geschwister zufalle. Diese Ueberzeugung sprach noch kürzlich der Hofbesitzer und Schuster Beinhorn aus Sehnde mir gegenüber aus.

Seit dem Herbste 1828 stehe ich in dem Amte Ilten als practischer Jurist, und seit dieser Zeit stellte ich obige Beobachtungen an.

2. Amtmann Hüpeden zu Rotenburg.

Wennschon ich nach Verlauf von 6 Jahren seit meiner Versetzung von Ilten nicht mehr auf einzelne namhaft zu machende Fälle mich berufen kann, so muß ich doch auf Grund meiner Erfahrung aus neunjähriger Dienstzeit bei gedachtem Amte (1839 bis 1848) bezeugen: daß im Amte Ilten oder dem s. g. großen Freien, vermöge Gewohnheitsrechts bei Successionen in gutsherrnfreie Bauergüter, keineswegs das reine römische Intestaterbrecht, sondern vielmehr ein, — wenn auch in mehreren Beziehungen modificirtes, — meierrechtliches Erbrecht zur Anwendung kam. Es besteht dort nämlich ganz entschieden auch bei freien Bauerngütern ein s. g. Anerbenrecht des ältesten Sohnes, oder in Ermangelung von Söhnen der ältesten Tochter, sodaß die übrigen Geschwister weder eine Naturaltheilung noch einen Verkauf des Hofes und der Grundstücke verlangen können, sich vielmehr mit einer den Kräften der Stelle entsprechenden Abfindung begnügen müssen.

Behuf Ermittelung der Abfindung wurde zwar ein Taxat des gesammten Vermögens-Complexes aufgenommen, — allein bei den Immobilien nicht der Verkaufswerth, sondern ein mäßi-

Digitized by Google

ger Ertragswerth, bei welchem der Hof an der Reihe zu erhalten war, zum Grunde gelegt, und alle Abgaben, Lasten und Schulden, namentlich auch Altentheils-Prästationen nach Capitalwerth ermittelt und in Absatz gebracht. Außerdem aber wurde meistens und namentlich bei starker Verschuldung des Hofes, oder bei großer Anzahl von Kindern, dem Anerben noch ein praecipuum, welches ihm die Möglichkeit den Hof an der Reihe zu erhalten gewährte, zugestanden; und daß überhaupt nach der allgemein herrschenden Ansicht und Gewohnheit bei Festsetzung der Erbtheile oder Abfindungen nicht eine streng civilrechtliche Theilung des Vermögens eintreten sollte, geht daraus hervor, daß dem Anerben oder der Anerbin bei freiwilliger Abtretung des Anerbenrechts an ein nachgeborenes Kind jedesmal ein besonderes Abstandsgeld außer und neben der eigentlichen Abfindung stipulirt wurde.

Eine Ausnahme von der obigen Regel, wornach alle Immobilien nach einem mäßigen Ertragswerthe dem Anerben verbleiben, kommt aber nicht selten beim s. g. Erblande vor.

Manche gutsherrnfreie Höfe haben nämlich bloß die Gebäude und das s. g. Reiheland, welches als zur Consistenz der Stelle gehörig davon unzertrennlich ist, oder doch als solches angesehen wird, und wobei die obigen Grundsätze zur Anwendung kommen; zu andern Stellen gehört außerdem mitunter ein Complex meierpflichtigen Landes „die Meierstaat", rücksichtlich dessen ganz und lediglich die meierrechtlichen Principien zur Anwendung kommen; — und bei vielen Stellen befindet sich endlich auch das s. g. Erbland, welches ein früherer Besitzer durch Contract erworben hat, und welches frei veräußerlich ist. Rücksichtlich dieses Erblandes ist zwar nicht immer, doch sehr häufig (sodaß ich nicht mit Bestimmtheit angeben kann, was eigentlich die Regel bildete), das römische Intestat-Erbrecht zur Anwendung gebracht, indem dasselbe nach den Umständen und nach der Convenienz der Betheiligten entweder naturaliter getheilt, oder unter Theilung des Erlöses verkauft, oder dem Hofbesitzer nach einem ermittelten Verkaufswerthe überlassen wurde.

3. Der Amtsvorsteher Christoph Wehler aus Ilten 74 Jahr alt.

Mir sind die verschiedenen freien Erbgüter in Ilten bekannt.

Digitized by Google

Nach meiner Erfahrung ist bei den freien Bauergütern immer der Grundsatz zur Anwendung gekommen, daß der älteste Sohn als Anerbe anerkannt wurde, und die Erbfolge ähnlich wie bei Meiergütern stattfand. Die Güter wurden taxirt, und nach Abzug der Schulden und Lasten bekam zunächst der Anerbe eine Vergünstigung, welche hauptsächlich deßwegen erfolgte, weil er den Altentheil zu leisten hatte. Die Güter wurden nicht nach dem Verkaufswerthe, sondern nach dem mittleren Ertragswerthe taxirt. (Folgen einzelne Fälle.) — — —

Der große Senat des O.-G. Celle hat mittelst Urtheil vom 26. October 1854 erkannt: da der der Klägerin auferlegte Beweis verfehlt, der Gegenbeweis aber vollständig erbracht sei, und deßhalb der von der Klägerin eventuell deferirte Eid nicht in Betracht komme, werde die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen und in die Proceßkosten verurtheilt.

Auf die Berufung der Klägerin hat der zweite Senat des O.-A.-G. unterm 22. November 1855 folgendes reformatorische Urtheil erlassen:

In Erwägung nun, daß soviel —

I. Die vorbehaltene Berufung gegen das Urtheil vom 3. November 1853 anlangt, nach Maßgabe der gegenwärtig abgegebenen Erklärung des Beklagten der in Frage stehende Hof für eine gutsherrnfreie Stelle zu erkennen ist;

in Erwägung ferner, daß rücksichtlich der Succession in Bauergüter der vorliegenden Art in Beziehung auf Untheilbarkeit, auf Anerbenrecht und auf Erhaltung der Höfe als reihepflichtige Stellen die Grundsätze des deutschen Rechts zur Anwendung zu bringen, und nur unter diesen Modificationen den Geschwistern des Anerben erbrechtliche Ansprüche an den Hof nach Maßgabe des Bestandes desselben zur Zeit der Antretung zuzuerkennen sind, wohingegen in Ansehung des außer der Stelle sammt Zubehör und Inventar nachgelassenen übrigen Vermögens eine gleiche Erbberechtigung für alle Kinder begründet ist; mithin es insoweit der Auferlegung des Beweises der Anwendbarkeit des römischen Rechtes zur Begründung der Klage allerdings nicht bedurfte;

in Erwägung jedoch, daß Klägerin nach Maßgabe des Inhalts ihrer Klaganträge — über die gedachten Beschränkungen hinaus

Digitized by Google

für ihre Forderung, soweit sie auf Abfindung aus der väterlichen Stelle gerichtet ist, die Anwendung des Grundsatzes völliger Gleichtheilung in Anspruch genommen hat, — eine solche Ausdehnung der durch das deutsche Recht begründeten Erbansprüche der Klägerin aber nur durch den Beweis einer gewohnheitsrechtlich bestehenden Anwendbarkeit des Römischen Rechtes würde begründet werden können, die im Urtheile vom 3. November 1853 enthaltene Beweisauflage mithin insofern, wenn auch nicht in Ansehung der an die Erbringung oder Verfehlung des Beweises geknüpften Consequenzen, nach der von der Klägerin selbst der Klage gegebenen Ausdehnung gerechtfertigt war und keinenfalls der Klägerin zur Beschwerde gereichen konnte; und deßhalb die vorbehaltene Berufung insoweit als unbegründet erscheint;

in Erwägung sodann, daß anlangend hiernächst

II. die Berufung gegen das Urtheil vom 19. October v. J. die Resultate der Beweisführung den Beweis des Grundsatzes der Gleichtheilung als völlig verfehlt erscheinen lassen, dahingegen aber andererseits bestätigen, daß den Geschwistern des Anerben unter Zugrundelegung des zu taxirenden mittleren Ertragswerthes der Stelle und unter Festhaltung des Grundsatzes, daß die Stelle an der Reihe zu erhalten, der Anspruch auf eine hiernach zu bemessende Abfindung aus dem Hofe selbst zusteht;

in Erwägung, daß diesem zufolge, wenn auch der der Klägerin auferlegte Beweis mit Recht für verfehlt erkannt worden, dennoch der Klägerin eine den obigen Grundsätzen entsprechende Abfindung aus dem Hofe, sowie ein gleiches Miterbrecht mit dem Beklagten rücksichtlich des übrigen Vermögens —, vorbehältlich der Anrechung der bereits erhaltenen Summen, zuzuerkennen war;

in Erwägung ferner, daß durch die beklagtische Offerte, der Klägerin eine den meierrechtlichen Principien entsprechende Abfindung zu leisten, der klägerischen Forderung keineswegs Genüge geleistet wurde, da hiernach der Werth des Hofes selbst bei Ermittelung der Abfindung überall nicht in Rechnung zu bringen sein würde;

in Erwägung, daß sich durch vorstehende Entscheidungsgründe die Adhäsiv-Beschwerden des Beklagten von selbst erledigen;

Digitized by Google

in Erwägung, daß übrigens die Ausmittelung des Bestandes des väterlichen Nachlasses und der nach dem Obigen festzusetzenden Erbtheile einem besondern — bei dem competenten Gerichte anhängig zu machenden Liquidationsverfahren vorzubehalten ist;

Entscheidung: Aus diesen Gründen wird unter soweitiger Wiederaufhebung der angefochtenen Urtheile des gr. Senats des hiesigen K. Obergerichts der Berufung dahin Statt gegeben, daß Beklagter schuldig erkannt wird, der Klägerin aus der väterlichen Stelle eine der Hälfte des mittleren Ertragswerthes derselben entsprende Abfindung, — vorbehältlich einer durch die Beschaffenheit des Hofes als Reihestelle etwa gebotenen weiteren Ermäßigung —, zu leisten, auch in Ansehung des übrigen väterlichen Nachlasses ein gleiches Erbrecht der Klägerin anzuerkennen, und demgemäß die von ihm, dem Beklagten, etwa in Besitz genommenen übrigen Erbschaftsgegenstände zur Theilung zu bringen. Die Kosten dieser und der vorigen Instanz werden compensirt.

---

2. Zum Bentheimischen Particularrechte.

Vom Herrn Advocat Kirchhoff in Celle, (früher Auditor in Neuenhaus.)

A. Einleitende Bemerkungen.

I.

Die Grafschaft Bentheim und die an ihrer Westgrenze sich hinziehende niederländische Landschaft Twente (ein Theil der Provinz Oberyssel) sowie die Hannoversche Herrlichkeit Lage waren in älterer Zeit zu einem Gebiete vereinigt, das den Namen „Tuenta“ [1]) führte und von einem einzelnen Stamme der Westphalen bewohnt wurde. [2]) Im 10. und 11. Jahrhundert zerfiel

[1]) So sagt der Bischof Andreas von Utrecht in einer Urkunde von 1131: . . . ecclessiam quandam in Twenta in villa, quae Ulsen vocatur. . . Uelsen liegt in der Niedergrafschaft Bentheim. (cfr. Jung codex diplom. et docum. pro historia benth. pag. 8.)

[2]) Sehr alt ist die Behauptung, daß hier die Tubanten gewohnt haben.

Digitized by Google

das Land in verschiedene Grafschaften und Herrlichkeiten,[3]) von denen die Grafschaft Bentheim am bedeutendsten und mächtigsten war. Letztere bewahrte ihre Selbständigkeit, während die übrigen an das Erzbisthum Utrecht fielen.[4]) Der Name Twente zog sich seitdem auf den größeren, ütrechtschen Theil zurück.

Die durch die ursprüngliche Stammeseinheit begründete Gleichheit in Sprache, Sitten und Recht zwischen den Bewohnern von Bentheim und Twente hat sich bis auf die neuere Zeit erhalten, obschon beide Länder bereits seit längerer Zeit in politischer Beziehung vollständig getrennt sind.[5]) Es liegt dies an der engen Verbindung, in welche die Natur beide Länder zu einander gesetzt hat. Im Norden und Osten, nach Deutschland, ist Bentheim durch große, unwirthliche Moor- und Haidflächen eingeschlossen und abgesperrt, während gegen Westen, gegen die Twente, eine derartige natürliche Grenze nicht existirt. Die Bewohner waren daher stets auf den Verkehr mit der benachbarten Twente bezw. mit den angrenzenden Niederlanden, wohin zudem eine natürliche Verkehrsstraße, die schiffbare Vechte, führt, hingewiesen.

Als Hinterland von den Niederlanden hat Bentheim zu allen Zeiten an dem Wohl und Wehe derselben Theil genommen.[6])

Der gemeinschaftliche innige Verkehr, welcher bis auf die Neuzeit bestand, mußte natürlich gemeinschaftliche Rechtsanschauungen befördern und hatte für Bentheim die Wirkung,

---

[3]) z. B. die Herrlichkeiten Amelo und Lage, die Grafschaften Goor und Dipenheim.

[4]) Diejenige Herrschaft, welche am spätestens an Utrecht kam, war die Hannoversche Herrlichkeit Lage. Sie wurde durch Kauf von Utrecht erworben.

[5]) Durch das Ausscheiden der Niederlanden aus dem deutschen Reichsverbande.

[6]) Schon der Chronist Picardt sagt in seiner Chronik von Drente, 1659, pag, 98: „en zyn (die Fürsten von Bentheim) de naeste Nabuer-Potentaten der Gereformeerde Religie van der Vereenighde Nederlanden, also dat haren Landen en Oudersaten welvaren dependeert van de welvaert der Vereenighde Nederlanden en hebben irreparabele schade geleden in de Nederlandtsche Oorlogen, dies zy sich getroost hebben, mits dat maer de Vereenighde Nederlanden mochten groeyen en bloyen."

Digitized by Google

daß so lange und insoweit die einheimische Gesetzgebung schwieg, es als der kleinere und dadurch abhängige Theil der Rechtsbildung des Nachbarlandes sich anschloß.[7]) Daher giebt es auch für das Verständniß des bentheimischen Partikularrechts, das fast ausschließlich auf Gewohnheitsrecht beruht, keine zuverlässigere und reinere Quelle als die ältere Gesetzgebung in der benachbarten Twente bezw. Provinz Overyssel.[8])

II.

Der erste Act einheimischer Gesetzgebung, wenn man es so nennen darf, war, daß der Graf Ecbert von Bentheim 1295 der Stadt Schüttorf das Recht der Stadt Münster verlieh und ihr daneben verschiedene Freiheiten gab, wie z. B., daß „incolae ipsius opidi, cujuscunque fuerint conditionis, hereditates eorum dictas vulgariter Wicboldegut suis heredibus conferre poterunt hereditarie et relinquere.“[9]) Gleiche Freiheiten und gleiche Rechte erhielten im folgenden Jahrhundert die Städte Nordhorn und Neuenhaus. Diese statutarischen Rechte gingen bald ins allgemeine Landrecht über und verschmolzen sich mit diesem zu einem Ganzen, so daß schon mit Beginn des 16. Jahrhunderts von Stadtrechten als solchen im Gegensatze zum Landrechte keine Spur mehr ist.

Diese Verschmelzung blickt deutlich aus einer Verordnung

---

[7]) Mannigfache Umstände wirkten dahin, daß das durch die Natur geschaffene Land zwischen den beiden Ländern fest geknüpft blieb, so: der bedeutende Handel, den die Niederländer trieben, ferner, daß diese und die Bewohner von Bentheim der reformirten Confession angehörten, während die übrigen Nachbaren von Bentheim zumeist (im Münsterschen) Katholiken waren.

[8]) Dem entgegen verfolgt die Praxis der Neuzeit mit Beharrlichkeit den Weg, auf das allerdings von Haus aus verwandte (cfr. Bemerk. sub. II), aber in den letzten Jahrhunderten durch Gesetzgebung und Theorie wesentlich umgebildete münstersche Recht zu recurriren.

Am meisten Verwandtschaft mit dem bentheimschen Particularrechte, wenigstens was die Gütergemeinschaft und das bäuerliche Recht betrifft, hat noch das lingensche particulare Recht.

[9]) cf. Jung. Codex diplom. et document. pro historia bentheim. pag. 97.

Digitized by Google

des Grafen Eberwyn von 1519[10]) hervor, worin es heißt: da den Städten Schüttorf, Nordhorn und Neuenhaus das Recht der Stadt Münster verliehen worden, und in Münster Niemand schuldig sei, Gerade und Heergewette zu geben, so werde „nabeserevene gelichmetige ordenanze und als vor eyn gemeine Landrecht gemacht und ingeseth, dat nu vortmer na dato desses Breffs" keiner der Unterthanen solle schuldig sein „yenich Gerade off Hergewadel, wann und wo vaken und war ök sulx in der Grafschaft Bentheim doetlichs affgangs vorlediget . . . te geven".[11])

III.

Der Graf Arnold von Bentheim (1562—1606), welcher außer Bentheim noch die Grafschaften Steinfurt und Tecklenburg sowie die Herrschaften Alpen und Limburg besaß, beabsichtigte die von seiner Mutter Anna von Tecklenburg für das Tecklenburgsche erlassene Landgerichtsordnung für alle seine Landen als Gesetz einzuführen. Er ließ sie zu dem Zwecke von Rechtsverständigen revidiren, wurde aber, nachdem der Entwurf schon vollendet war, an der Ausführung seines Vorhabens durch den Tod gehindert.[12])

Als 1679 die Bentheimschen Landstände zu Schüttorf versammelt waren,[13]) führten sie lebhaft Klage über die Unord-

[10]) Wenn in v. Bülow und Hagemann Bd. IX. pag. 141 diese Verordnung als ein Privileg für die genannten Städte bezeichnet wird, so ist dieser Ausdruck nicht zutreffend.

[11]) Diese Verordnung sowie eine andere vom Grafen Bernhard 1415 gegebene über die Successsion in die Bentheimischen Burgmannslehen (Vorchlene de ze — die Burgmänner — holden van der Herschap van Bentheim de ervet up dat neste lyf dat zy mankunne eder wyfkunne . . . Jung pag. 321) sind die einzigen, das Privatrecht berührenden, allgemeinen Gesetze, welche bis zu den 1690 erschienenen Landesordnungen erlassen worden.

[12]) cfr. Vorreden zu den Tecklenburgschen Hof- und Landgerichtsordnungen von 1613.

[13]) In diesem Jahre athmete das Land seit langer Zeit zum ersten Male wieder auf, weil durch den 1678 erfolgten Tod des münsterschen Fürstbischofs Bernhard v. Galen der harte Druck wegfiel, den dieser bislang darauf ausgeübt hatte. Derselbe hatte den schwachen und wan-

Digitized by Google

nungen im Justizwesen, deren Grund sie hauptsächlich in dem Mangel positiver Gesetzesvorschriften fanden. Die Regierung versprach Abhülfe und erklärte, sie werde die vom Grafen Arnold entworfene Gerichtsordnung publiciren, wolle aber vorher dieselbe nochmals einer Revision unterziehen und um einige „heilsame Landesordnungen und Pönalinhibitionen" vermehren. Dieser Zusage gemäß wurden durch den Grafen Ernst Wilhelm 1690 die Gerichts- und Landesordnungen publicirt. Der officielle Titel des Werkes lautet: Bentheimische Hoff- und Landtgerichtsordnungen, auch gemeine Ordnungen, für diesem durch weyland den Hochgebohrnen Graeffen undt Herrn, Herrn Arnold Graeffen zu Bentheimb, Tecklenburg etc. zum Theil verfasset, anitzo aber durch den Hochgebohrnen Graeffen undt Herrn, Herrn Ernest Wilhelm, Graeffen zu Bentheimb Tecklenburg ꝛc. merklich verbessert, von dem 12 titul des dritten theils bis zum ende augmentirt undt in offenem Truck gebracht im jahr 1691. Daß bis zum Titel XII, Theil III. die ältere Gerichtsordnung des Grafen Arnold geht, und von hier an die „heilsamen Landsordnungen und Pönalinhibitionen" beginnen, tritt darin deutlich hervor, daß der Titel IX, Theil III, welcher die Ueberschrift „Gemeine Satzung undt Erklerung" trägt und die Schlußerklärung des älteren Entwurfs bildete, unverändert aufgenommen ist.

B. Das hofhörige Recht in der Twente.

Das „Hofhoorigh recht in de Twente" vom Jahre 1546, welches ich unten in einer Uebersetzung mittheile, ist ein das bäuerliche Recht betreffendes Gesetz, das meines Erachtens eine große Beachtung verdient.

Ueber die Entstehung desselben kurz Folgendes:

Kaiser Carl V, welchem 1528 der zeitige Bischoff von Utrecht die sämmtlichen weltlichen Besitzthümer des Bisthums

---

kelmüthigen Grafen Ernst Wilhelm völlig in seine Gewalt bekommen (bewog ihn auch, daß er zum Katholicismus übertrat) und ließ die Grafschaft, die zudem in dem 80jährigen niederländisch-spanischen Kriege ausgesogen und ganz herunter gekommen war, wie eine eigene Provinz in der drückensten Weise durch seine münster'schen Beamten behandeln.

Digitized by Google

Utrecht abgetreten hatte, besaß in der Twente[14]) beträchtliche, früher bischöfliche Domainen (tafelgoederen). Jede Domaine bestand aus einem Haupthofe, der vorzugsweise der „hof" oder „have" genannt wurde, und aus einer Anzahl dazu gehörender bäuerlichen Stellen (hofgoederen, erven).[15]) Auf dem Haupthofe wohnte ein kaiserlicher Beamter, der „hofmeier", vor dem die auf den Erben oder Hofgütern ansässigen „hofhorige" ihr Recht zu nehmen hatten. Er und zwei hofhörige Stellbesitzer (hofgenoten, huysgenoten) als Schöffen (keurnoten) bildeten das „hofgericht" und richteten nach „hofrechten". Ihre Abgaben und Gefälle mußten die Hörigen an den „rentmeester" entrichten, ebenso nach seiner Bestimmung die Dienste leisten. Ueberhaupt stand dieser ihnen als Repräsentant des Kaisers in Bezug auf die gutsherrlichen Rechte gegenüber.

Im Jahre 1546, also über 100 Jahre früher, als die Twente aufhörte, ein Theil von Deutschland zu sein, waren auf Befehl des Kaisers bzw. der für die Provinzen Utrecht und Holland gemeinsamen Regierung die sämmtlichen Hofmeier aus der Twente zusammengetreten und hatten unter Zuziehung der ältesten Hof- oder Hausgenossen das erwähnte Gesetzbuch verfaßt. Dasselbe war zunächst für die Kaiserlichen Hörigen bestimmt, erhielt aber alsbald in der ganzen Twente allgemein gesetzliches Ansehen, ja, wie aus dem oberyssel'schen Landrechte von 1630 hervorgeht, so ziemlich in der ganzen Provinz Oberyssel.

Es ist zweifellos, daß es hauptsächlich eine Aufzeichnung des damals geltenden Gewohnheitsrechtes war. Nicht nur der Umstand, daß bei der Ausarbeitung die ältesten Hofgenossen zugezogen worden, sondern auch die Fassung der einzelnen Bestimmungen sprechen deutlich dafür. Für seine Zeit ist es sehr ausführlich, namentlich in Bezug auf die Erbfolge.

Als das **älteste umfassende** Gesetz über Colonatrecht auf deutschem (westphälischem) Boden bietet es ein werthvolles Material zur Beurtheilung der auf dem Eigenbehörigkeitsverhältnisse beruhenden Meierverfassung Westphalens, besonders in-

---

[14]) cfr. die „Einleitenden Bemerkungen".

[15]) Eine solche Domaine in der Twente war die jetzt zu Hannover gehörende Herrlichkeit Lage.

Digitized by Google

sofern als es sich über manche, noch heutzutage bestrittene Fragen ausspricht. So, um einzelnes anzuführen, tritt es entschieden der Ansicht von der relativen Unfähigkeit des weiblichen Geschlechts zur Succession in den Hof entgegen, nimmt es als selbstverständlich an, daß das Ausheirathen eines Kindes den Verlust seines Erbfolgerechtes in den Hof nach sich ziehe, und verneint die Ansicht, daß der Hof einen Gegenstand der ehlichen Gütergemeinschaft bilde. Bedeutenden Werth hat es für das gemeine deutsche Meierrecht. Es zeigt, wie früh sich schon in Deutschland die eigenthümlichen Grundsätze und Institute des bäuerlichen Rechts ausgebildet hatten, als: Individual-Succession, Anerbenrecht, Leibzucht ꝛc.

Von besonderem Interesse ist es für den hannoverschen Juristen theils dadurch, daß es in einem, wenngleich winzig kleinen Theile Hannovers, in der Herrlichkeit Lage, seiner Zeit zur Anwendung gelangt ist, und höchst wahrscheinlich hier noch jetzt gilt, theils dadurch, daß es dem bentheimschen Colonatrechte, welches allein auf Gewohnheitsrecht beruht und daher vielfach schwankend ist, eine sichere Basis verleiht. Dies letztere hängt damit zusammen, daß das bäuerliche Recht in der Twente und im Bentheimschen, sich in der innigsten Gemeinschaft entwickelt hat.[16])

Man erkennt solches deutlich, sobald man nur eine Vergleichung derjenigen Rechtsnormen anstellt, welche jenes Gesetzbuch über die Erbfolge enthält und welche zur Zeit hierüber in der Grafschaft Bentheim gelten. Sie stimmen völlig überein, obschon bekanntlich locale Abweichungen nirgends mehr hervorzutreten pflegen, als gerade im Erbfolgerechte.

Einzelne dieser gemeinschaftlichen Sätze sind z. B.

1) Zum Anerben wird der Sohn vor der Tochter berufen und unter mehreren Söhnen bzw. Töchtern der oder die Aelteste. Hofhoorigh Recht. Art. XVI, XVII.

2) Das Anerbenrecht ist unentziehbar, Hofhoorigh Recht. Art. XIII.

3) Die ehelichen Kinder des Anerben gehen, falls der Anerbe sich auf dem Hofe verheirathet hat, aber vor der Hofes-

[16]) cfr. „Einleitende Bemerkungen".

Digitized by Google

annahme verstorben ist, den Geschwistern des Anerben vor. Hofhoorigh Recht Art. XVII.

4) Bei kinderloser Ehe erbt der überlebende Ehegatte den Hof. Hofhoorigh Recht Art. XVII.

5) Angekaufte Ländereien fallen beim Tode des Käufers dessen Kindern oder den sonst gleich nahen Verwandten zu gleichen Theilen an, ohne daß der Anerbe einen Vorzug hat, sind sie aber einmal dem Stätteauffolger verblieben, so verlieren sie ihre Allodialqualität und werden Bestandtheil des Hofes. Hofhoorigh Recht Art. XVI.

Jenes Rechtsbuch scheint in Deutschland nicht bekannt zu sein, wenigstens habe ich in den Compendien über Meierrecht vergeblich nach einer Anzeige davon gesucht. Selbst im Bentheimschen ist mir während meiner dortigen Anwesenheit nie etwas darüber von anderer Seite zu Ohren gekommen.

Wegen der vielen rein holländischen Worte, welche darin vorkommen, gebe ich es in einer Uebersetzung, bei der ich mich bemüht habe, so viel als möglich die dem Wortsinne gleichen hochdeutschen Ausdrücke zu geben. Eine in meinem Besitz befindliche alte Ausgabe des oberyssselschen Landrechts von 1676 enthält als Anhang das fragliche Gesetz, doch soll es auch nach einer Bemerkung von Nessink, welcher 1747 den ersten Theil des oberyssselschen Landrechts mit Anmerkungen versehen herausgegeben hat, gesondert gedruckt, 1668 erschienen sein unter dem Titel: Hof=Hoorige Rechten in Twente, mitsgaders de Ampliatien en elucidatien daar op by de Staten von Oberyssel gemaakt.

Hofhöriges Recht in der Twente.

Im Jahre Unseres Herren eintausend fünfhundert sechs und vierzig, den 17. März sind alle Hofmeier des Landes Twente mit den ältesten Hofgenossen, wohl auch Hausgenossen genannt, versammelt gewesen, wie hiernach verzeichnet, um sich wieder zu versammeln und nach Befehl des Kaisers[17]) und der Herren von der Rechnungs=Kammer in Holland zu bringen ꝛc.[18]) — (Hier folgten die Namen der Hofmeier und Hausgenossen). —

---

[17]) „myn Heere“ (Carl V).

[18]) Der einleitende Satz ist unvollständig.

Digitized by Google

Erster Artikel.

So ein Hofgenosse oder Hausgenosse[19]) ein hofhöriges Erbe oder Gut verkaufen will, so soll er gehalten sein, dasselbe seinen in derselben Hörigkeit befindlichen Blutsverwandten zu verkaufen, und zwar zunächst dem ersten Gliede oder Grade, dann dem zweiten und hiernach dem dritten Grade;[20]) und käme es vor, daß zur Zeit des Verkaufs ein Kind aus demselben Geschlecht oder Blute unmündig und nicht volljährig wäre, so soll es sein Vorkaufsrecht behalten, bis es zwanzig Jahr alt ist; desgleichen sollen auch diejenigen, welche im Auslande sich aufhalten, nicht eher ihr Vorkaufsrecht verlieren, als bis ein Jahr, nachdem sie Kenntniß vom Verkaufe erlangt, verflossen ist; obiges ist aber so zu verstehen, daß der Verkäufer gehalten sein soll, den Kauf seinem derselben Pflichtigkeit unterworfenen nächsten Blutsverwandten anzubieten, und zwar dem näher stehenden vor dem entfernteren bis zum dritten Gliede oder Grade herunter.[21]) Will Niemand von den Blutsverwandten kaufen, so kann der Verkauf an einen Fremden, der in derselben Pflichtigkeit oder Hörigkeit steht, geschehen, jedoch bleiben den Unmündigen und den im Auslande Weilenden ihr Rechte vorbehalten.

II.

Niemand darf ein Hofgut ohne Genehmigung des Herrn an eine der Pflichtigkeit nicht angehörige Person verkaufen oder veräußern, bei Verlust des Gutes zu Gunsten des Herrn.

III.

Niemand darf ein Hofgut besitzen oder haben, der nach der

---

19) Huysgenote und hofgenote heißt der Colonatsinhaber, nicht jeder Hofhorige.

20) cfr. Tit. XVIII Theil IV der bentheimschen Landes- und Gerichts-Ordnung, wo das jus retractus zwischen den Blutsverwandten usque ad quartum gradum incl. zugelassen wird.

21) cfr. Landrechten van Overyssel von 1630 II. Deel, Titulus XXVI, §. V.

(Uebersetzung) „Hofhörige Leute können ihre hofhörigen Güter an keinen Anderen verkaufen, als an den Nächsten im Blute bis in den dritten Grad."

Digitized by Google

Natur des Guts nicht dazu berufen, d. h. qualificirt ist,[22]) und käme es vor, daß Jemand dasselbe länger denn ein Jahr ohne Genehmigung des Herrn besäße oder benutzte; so soll er das Gut verwirkt haben.

IV.

Niemand von den hofhörigen Leuten kann frei werden oder aus der Pflichtigkeit oder Hörigkeit kommen, bevor er sich nicht beim Herren losgekauft und persönlich im Hofe[23]) vor dem Hofmeier in einem Hofgerichte, nachdem er hier einen gleichen Stellvertreter[24]) in seinen Platz gebracht, seinen Ausgang genommen hat, und so dies nicht geschieht, bleibt er hofhörig, sei es ein Mann oder eine Frau, vorausgesetzt, daß er sein Hofrecht bewahrt hat, sonst ist er belmundig[25]) d. h. eigen nach dem Tode. Erst wenn der Hofmeister die Genehmigung des Rentmeisters zum Freikaufe gesehen hat, darf er gerichtlich, mit zwei Hofgenossen als Kurgenossen des Hofgerichts nach alter Gewohnheit den Stellvertreter annehmen, indem er den Namen dessen, welcher aus dem Hofe und dessen, welcher in den Hof geht, in das Hofbuch verzeichnet.

V.

Alle welche auf des Herren oder der Kaiserlichen Majestät Erben und Gütern wohnen, müssen bei Verlust des Guts in der Pflichtigkeit sein, und bleiben auch in der Pflichtigkeit, so lange sie sich nicht beim Herrn loskaufen und vor dem Hofmeier durch Stellung eines gleichen Stellvertreters aus der Pflichtigkeit scheiden. Desgleichen bleiben ihre Kinder hofhörig, wohin sie auch ziehen, und die, welche von hofhörigen Töchtern

---

22) . . . die na de natuer des goets niet geladet, dat is, gequalificeert is . . . ., was im Zusammenhange mit Art. II bedeutet, daß nur eine solche Person, welche hofhörig ist oder sich hofhörig giebt (cfr. art. X) ein Hofgut erwerben kann. Im Anfange des art. V wird dies noch einmal ausdrücklich wiederholt.

23) Hier, wie an manchen anderen Stellen ist der Haupthof gemeint, auf welchem der Hofmeier wohnt und das Hofgericht hält.

24) „een gelyke wederwissele".

25) Was „belmundig" ist, wird unten im art. VIII näher erklärt.

Digitized by Google

oder Frauensperſonen geboren ſind, bleiben alle hofhörig, wo ſie auch wohnen, ſo lange ſie ſich nicht loskaufen und ihren Ausgang[26]) nehmen.

VI.

Alle, welche auf der Kaiſerlichen Majeſtät Erben wohnen, ſind ſchuldig,[27]) von den Gütern dem Herrn nach alter Gewohnheit Dienſte zu leiſten und ihre Pacht dahin innerhalb des Landes Twente zu bringen, wohin der Herr es erfordert.

VII.

Alle hofhörigen Leute müſſen jedes Jahr zu ihrem Hoftage kommen und in dem Hofe ihre Hofhörigkeit bekennen; wer dies nicht thut, verwirkt im erſten Jahre ſeine gewöhnliche Brüchte oder Buße, im zweiten Jahre das Doppelte, und im dritten Jahre wenn er nicht kommt, iſt er belmundig ſowohl ein Mann wie eine Frau, ausgenommen iſt aber derjenige, welcher von dem betreffenden Hofe ſoweit entfernt wohnt, daß er von ſeinem Hauſe zum Hofe und vom Hofe zu ſeinem Hauſe bei einer Sonne nicht kommen kann; ein ſolcher darf ein Jahr lang ohne Brüchte ausbleiben, alsdann aber ſteht er den Uebrigen gleich.

Alle Dienſtknechte und Dienſtmägde haben die Freiheit, ſo lange ſie dienen, auszubleiben.

VIII.

Wer ſonach ſein Hofrecht verſäumt hat oder dieſem zuwiderhandelt, wie im Nachfolgendem ſteht, der wird belmundig d. h. derſelbe, einerlei, ob Mann oder Frau, verwirkt all ſein Recht, daß er nach den Hofrechten hat, und wird bei ſeinem Ableben eigen; und alsdann nimmt der Herr alle ſeine nachgelaſſenen Güter, bewegliche und unbewegliche, zu ſich, jedoch kann der Belmundige zu jeder Zeit noch während ſeines Lebens die Belmundigkeit beim Rentmeiſter, als dem Vertreter der Kaiſerlichen Majeſtät abkaufen.

---

[26]) ꝛc. vor Gericht.

[27]) Characteriſtiſch heißt es: Alle die op Keiſ. Maj. erven wonen, die goederen zyn den Heeren dienſt ſchuldigh. . . .

Digitized by Google

IX.

Käme es vor, daß ein hofhöriger Mann oder eine hofhörige Frau sich außer der Pflichtigkeit, an einen Anderen, der nicht hofhörig ist, verheirathete und nicht innerhalb eines Jahres einen Stellvertreter für sich in den Hof brächte, oder nicht die Genehmigung des Herrn erhielte, so wird er oder sie belmundig.

X.

Wäre Jemand — ein Mann oder eine Frau — frei und gebe sich hofhörig, ohne für einen Anderen Stellvertreter zu sein, so kann er von seinen Kindern, welche nach seinem Eintritt in die Hofhörigkeit von ihm erzeugt sind, ein Kind als frei an seinem Platze haben, dergestalt, daß der Mann einen freien Sohn, die Frau eine freie Tochter haben kann, und versteht sich dies aber nur für den Fall, daß es beim Eingang in den Hof ausbedungen ist, sonst nicht.

XI.

Wenn ein hofhöriger Mensch stirbt, der sich sein Hofrecht bewahrt hat, so soll sein nachgelassenes Gut auf sein nächstes Blut, das in derselben Pflichtigkeit ist, vererben,[28]) natürlich, insoweit nicht die Kaiserliche Majestät[29]) daran berechtigt ist, jedoch sind belmundige Erben unfähig, irgend ein Erbstück, sei es bewegliches oder unbewegliches zu empfangen.

XII.

Wenn ein hofhöriger Mann stirbt, der sich sein Hofrecht bewahrt hat, so kommen dem Herren halb zu: alle vierfüßigen Thiere: als Pferde, Kühe, Ochsen und Ferken; ungeprägtes Silber und Gold, der an der Decke hängende Speck, die Außensaat, d. h. dasjenige, was auf anderer Leute Land, welches der Hofhörige benutzte, wächst oder gewachsen ist — der Pacht-

---

[28]) Dieser Artikel sanctionirt die Individualsucceſſion, ohne solche auf die Descendenz einzuschränken.

Das Nähere über die Succeſſion enthalten die art. XV, XVII.

[29]) Wie weit diese daran beim Todesfalle berechtigt ist, sagt der folgende Artikel.

Digitized by Google

zins muß aber erst davon bezahlt werden —, ferner der Weddeschatt d. h. Geld, welches der Hofhörige auf Gewinn oder auf Rente an Andere ausgethan hat, und, wovon er keine besiegelte Briefe besitzt; alles dies soll dem Herrn von einem hofhörigen Manne zur Hälfte verfallen sein, aber nicht von den Frauen, vorausgesetzt, daß sie nicht belmundig sind, denn sonst verfallen dem Herren, alle Güter sowohl der Frauen, als der Männer; übrigens ist dies so zu verstehen, insoweit nicht der hofhörige und nicht belmundige Mann sein Gut vor dem Hofmeier in der unten folgenden Weise vergeben hat,[30]) auch gebührt der Kaiserlichen Majestät nichts von den hofhörigen Kindern, so lange diese bei ihren Eltern im Hause bleiben und nicht außerhalb des Hauses ihrer Eltern wohnen; ausgenommen ist, auch[31]) das beim Tode des hofhörigen vorhandene beste Pferd, dies muß bei dem hofhörigen Erbe bleiben, um damit dem Herrn zu dienen, ferner muß das am besten nährende Rind beim Erbe bleiben; und bezieht sich dies auf den Todesfall des Besitzers des Erbes, sonst nicht; und dann sollen dem Schreiber des Rentamts zwanzig alte Blämsche und eine Dwelle[32]) gegeben werden, und es kommt dem Hofmeier vom hofhörigen Manne das beste Kleid und das, was zur rechten Hand gehört zu, und zwar von den hofhörigen Männern und nicht von den Frauen, aber von den Belmundigen gebühren dem Hofmeier alle Kleider sowohl der Männer als der Frauen, und dasjenige, was zur rechten Hand gehört.

XIII.

Wenn ein kranker hofhöriger Mann Etwas von seinem Gute nach Hofrecht seinen Kindern oder Dienstleuten vergeben will,[33]) so soll der kranke hofhörige Mann noch so stark sein, daß er sich selbst ankleiden kann so, wie er an einem Hochzeits-

30) Im folgenden Titel wird gesagt, daß der Hofhörige einen mäßigen Theil seines Vermögens auf den Todesfall vergeben könne.

31) Von der dem Gutsherrn zufallenden Hälfte.

32) Ob „Dwelle“ eine Münze bedeutet, oder dasselbe ist wie „Dwaele“, „twele“ Tuch, Mantel, weiß ich nicht.

33) Dem Zusammenhange nach können Gegenstände der Vergabung nur Mobilien oder allodiale Grundstücke sein. cfr. art. XIV.

Digitized by Google

tage zur Kirche geht, und soll er sein Messer oder Beil in die Hand nehmen, dann aus dem Hause gehen und dreimal in einen Baum oder Pfosten hauen im Beisein seines Hofmeiers und zweier seiner Hausgenossen,[34]) in deren Ermangelung, vorausgesetzt, daß er auch erst den Hofmeier gebeten hat, er zwei unbescholtene Nachbaren dabei nehmen kann,[35]) und vergeben alsdann seinen Kindern oder seinem Hausgesinde, bescheiden oder mäßig,[36]) indem er bei dieser Vergabung allzeit seines Herrn gedenkt,[37]) ein Jeder nach der Bedeutendheit oder Kleinheit seines Gutes; und die Nachbaren sollen zum Hofmeier schicken und vor ihm das Geschehene bekennen, damit er es in sein Hofbuch zeichnet.

XIV.

So ein hofhöriger Mann Land angekauft hat, so soll das Land oder anderes unbewegliches Gut zum ersten versterben und erben gemeinsam auf alle Kinder oder Erbberechtigte, welche hofhörig in derselben Pflichtigkeit sind,[38]) und beim zweiten Versterb soll es ein hofhöriges Gut bleiben, jedoch kann man es alsdann einem der Hofhörigen übergeben, um es als hofhöriges Gut zu besitzen, und der Besitzer muß aldann in der Pflichtigkeit bleiben.

---

[34]) D. h. Hausgenossen im hier technischen Sinne, welche bei dem Akte als Keurnoten fungiren.

[35]) Also wenn das Hofgericht — der Hofmeier und die zwei Hausgenossen als Kurgenossen — auf geäußertes Verlangen sich nicht versammelt haben, genügen zwei unbescholtene Nachbaren.

[36]) mannierlyk ofte matelyk.

[37]) . . . . Kennende synen Heeren altyt in derselver vergevinge . . . indem er also eingedenk ist, des seinem Herren zustehenden Rechts auf die Hälfte seines Nachlasses und nicht zur Verkürzung dieses Rechts unmäßige Verfügungen trifft.

[38]) Landtrechten v. Overyssel von 1630 II. Deel. Tit. XXVI. §. III. (Uebersetzung). „Alle hofhörigen Güter, welche durch einen Hulder außerhalb der Pflichtigkeit besessen werden, sollen sowohl in linea descendenti als collaterali gleich vertheilt werden und als allodiales, eigenes Gut vererben, ohne daß der Aelteste hierbei einen Vorzug oder Vortheil genießt."

Digitized by Google

XV.

Wenn hofhörige Leute verstorben sind, welche das Erbe oder Gut vom Rentmeister gewonnen haben, so soll das Erbe oder Gut vererben auf das nächste Blut in der Pflichtigkeit,[39]) jedoch ist man nach dem Tode derjenigen, welche zuerst das Erbe gewonnen hatten, schuldig, sich innerhalb eines Jahres mit dem Rentmeisters, als dem Vertreter der Kaiserlichen Majestät, über einen gehörigen Erbgewinn zu vertragen, nach alter Gewohnheit sowie nach Reden und Billigkeit und Größe des Gutes.

XVI.

Wenn ein hofhöriger Mann drei oder vier oder mehrere Kinder hat, und der Sohn,[40]) welcher nächst dem Aeltesten ist, wäre ausgeheirathet und darauf stürbe der Aelteste, welcher der Erbfolger gewesen sein würde, ohne rechtmäßige Leibeserben, so soll das Erbe oder Gut verfallen beim Tode des hofhörigen Mannes[41]) auf den nächsten Bruder oder die nächste Schwester, welcher oder welche alsdann noch unverheirathet ist.[42])

XVII.

Wenn ein hofhöriger Mann, dem ein hofhöriges Erbe anfällt, ein Weib darauf nimmt in derselben Pflichtigkeit mit Genehmigung des Rentmeisters, und dann der Mann ohne Kinder von diesem Weibe zu haben stirbt, so soll das Weib an diesem Erbe oder Gute Erbin sein, falls nicht durch Eheberedungen ein Gegentheiliges ausgemacht ist.[43]) Und käme es vor, daß

---

[39]) cf. Art. XI, wo der Satz gleichfalls so allgemein aufgestellt ist.

[40]) Daß der Sohn der Tochter vorgeht und unter mehreren Söhnen oder Töchtern der oder die ältere, wird in diesem und in dem folgenden Artikel indirect auf das klarste ausgesprochen.

[41]) sc. des Vaters.

[42]) D. h. noch nicht ausgeheirathet ist. — Das Ausheirathen gilt jetzt im Bentheimschen als kein Ausschließungsgrund der Succession mehr, wennschon ich das Gegentheil von Einzelnen habe behaupten hören. Früher hatte es ganz sicher den Verlust des Successionsrechtes zur Folge, indessen zu viele Fälle aus neuerer Zeit sprechen dafür, daß ein gegentheiliges Gewohnheitsrecht sich gebildet hat.

[43]) cf. Landrechten v. Overyssel 1630 II. Deel, Tit. II §. 2. Ueber-

Digitized by Google

ein Erbling oder ältester Sohn [44]) ohne Genehmigung der Eltern ein Weib heirathete, die nicht bräutlich bei Lebzeiten seiner Eltern ins Erbhaus gebracht worden, und dann stürbe, bevor ihm das Gut durch den Tod oder freiwillige Uebergabe von Seiten der Eltern überkommen wäre, so sollen die Frau und ihre Kinder kein Recht am Gute haben und das Gut soll an das nächste Blut in der Pflichtigkeit fallen.[45])

XVIII.

Käme es vor, daß ein hofhöriger Mensch auf ein hofhöriges Gut heirathete und dann der Erbling d. h. derjenige der beiden Eheleute der darauf geboren war, stürbe, und dann der aufgeführte Mann oder das aufgeführte Weib — also der, welcher durch die Heirath auf das Gut gekommen ist — zum zweiten Male heirathen wollte,[46]) so soll derjenige, der nun aufheirathet, genießen können und haben das halbe Neuntel[47]) vom Gute, und käme es vor, daß jener zum dritten Male heirathete und so Jemand auf das Gut käme, so soll dieser Letzte vom Gute

---

setzung . . . zwischen Mann und Frau soll Gemeinschaft von Gütern sein, ausgesondert in hofhörigen Gütern, welche in der Pflichtigkeit und nicht außerhalb derselben besessen worden. (Die Gütergemeinschaft begreift demnach bei Hofhörigen nur das Allod).

[44]) „eenigh erflink ofte outrte Sone" cf. Anmerkung 40.

[45]) Die Entscheidung dieser für andere Gegenden noch heutzutage bestrittenen Frage geht also dahin, daß, wenn die Eltern den ältesten Sohn haben einheirathen lassen, dessen Kinder oder Frau den Geschwistern des ältesten Sohnes bei dessen Tode vorgehen sollen.

[46]) Hier wird das Fortbewirthschaftungsrecht des überlebenden und aufgeheiratheten Ehegatten beim Vorhandensein von Kindern indirect dadurch anerkannt, daß ihm die Befugniß zugestanden wird, sich auf dem Hofe wieder zu verheirathen. Dies Fortbewirthschaftungsrecht gilt auch im Bentheimschen, wo man aber die Befugniß des aufgeheiratheten Ehegatten, sich auf dem Hofe wieder zu verheirathen, vielfach dadurch zu beschränken sucht, daß er sich bei Schließung der ersten Ehe verpflichten muß, nach Ablauf bestimmte Jahre, Treujahre genannt, sich nicht wieder zu verehelichen. Es geschieht dies besonders darum, damit nicht dem Anerben der Hof zu lange vorenthalten wird.

[47]) Der „negendedeel" ist die Leibzucht. cf. den folgenden Artikel.

Digitized by Google

nichts genießen, falls er sich nicht mit den Kindern[48]) darüber verträgt.

XIX.

Wenn hofhörige Leute, die auf des Herrn Gute wohnen, dies Gut ihren Kindern oder Anderen übergeben wollen, so können sie sich das Neuntel oder die Leibzucht davon vorbehalten, wie es von Alters her gewesen ist; sie müssen sodann beim Erbe oder Gute von allem ihren beweglichen Gute eins, das Beste, das sie haben, lassen, was sie aber nicht haben, das brauchen sie nicht zu kaufen; auch sind sie schuldig, das Erbe zu besäen mit ihrer Saat und, im Falle sie es nicht thun können, sollen sie die Saat innerhalb dreier Jahre dazu thun, und sollen sie selbst vom Lande nichts haben, bevor sie die Saat nicht dazu gethan haben.

XX.

Die hofhörigen Leute können sich einander nicht verklagen als vor dem Hofmeier, dem der Beklagte oder Schuldige unterworfen ist, wie dies von Alters her zu sein pflegte, und handelte Jemand dem entgegen, so soll er sein beanspruchtes Recht verlieren und zu Gunsten des Hofes einen alten Schilling verwirkt haben; und die Hofmeier können allein mit den Hofgenossen über hofhöriges Gut richten, ein Jeder in seinem Hofe; und von allen Höfen des Landes Twente gehen die Appellationen an den Hof Ootmarsum, und vom Hofe Ootmarsum geht die Appellation an den Hof Colmschate.[49])

XXI.

Falls auch ein hofhöriger Mann oder ein hofhöriges Weib Noth haben, so können sie von ihrem hofhörigen Gute etwas

[48]) d. h. dem Kinde erster Ehe, welchem als Anerben der Hof angefallen ist.

Ich bemerke hierbei, daß im Bentheimschen die Kinder erster Ehe bei der Succession unbedingt denen aus zweiter Ehe vorgehen, sobald die zweite Ehe von aufgeheirathen Ehegatten eingegangen ist — ein Satz, welcher mit den in diesem Gesetze enthaltenen Grundprincipien über die Succession übereinstimmt.

[49]) Dieser Artikel ist fast wörtlich in das Landrecht von Overyssel aufgenommen. cf. Ldtr. II. Deel, Tit. XXIV. §. 1.

Digitized by Google

versetzen oder verkaufen, auch die Aufkünfte eines Theils von dem Ackerlande des Gutes auf die Zeit von sechs Jahren versetzen oder verkaufen, ein Jeder vor seinem Hofmeier, der nach alter Gewohnheit darüber zu siegeln pflegt.

XXII.

Wenn eine Frau Zwillinge hat, so soll das jüngste Kind frei und der Hörigkeit nicht unterworfen sein.

---

3. Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag.[1])

Vom Prof. Unger.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Band VII. p. 293 des N. Mag.)

Nun ist allerdings durch die vortreffliche, überaus verdienstliche Schrift Bähr's dem Anerkenntnißvertrag sein volles Recht zu Theil geworden. Allein Bähr will diesem Vertrag wohl einen größeren Geltungskreis zuschreiben, als ihm in der That zukömmt und hat hiedurch sowie durch unnatürliche Verkünstelung mancher einfacher Verhältnisse dem Eingang seiner Lehre selbst erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Bähr opfert dem Anerkenntnißvertrag das Constitut: er sieht in jedem Zahlungsversprechen ein Schuldversprechen. Andere wieder gehen nach der anderen Seite ins Extrem; sie ignoriren die promissio debiti und sehen in jedem Schuldversprechen ein Zahlungsversprechen. Beides ist unrichtig. Es muß vielmehr „Fall für Fall" untersucht werden, was die Parteien wollten: die Frage, ob Schuldversprechen, ob Zahlungsversprechen, ob verpflichtendes oder nur beweismachendes Anerkenntniß, ist Interpretationsfrage, quaestio voluntatis. Denn nicht in jedem Anerkenntniß liegt eine vertragsmäßige Feststellung des anerkannten Rechtsverhältnisses: dazu bedarf es des bestimmten bewußten Willens der Parteien, das betreffende Rechtsverhältniß durch eigenen Spruch, nach Art eines richterlichen Urtheils, festzustellen. Nicht jedes Urtheil, welches eine Partei über das Verhältniß, in dem sie steht, aus-

[1]) Aus Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik des Privatrechts.

Digitized by Google

spricht, bindet sie: dazu gehört die bestimmte Absicht, sich an und durch das eigene Urtheil zu binden (animus obligandi). Die Erklärung, welche eine Partei über ein behauptetes Rechtsverhältniß abgiebt, kann unter Umständen ein bindender Willensact (dispositiv), unter Umständen nur eine unverbindliche Meinungsäußerung (enunciativ) sein: Festsetzung oder nur Voraussetzung.

Wir haben hiernach zwei Arten des Anerkenntnisses zu unterscheiden: das declarative Anerkenntniß (oder wie es Bähr nennt: das unechte) und das constitutive (echte) Anerkenntniß: jenes bestätigt (beweist), dieses begründet (verpflichtet): jenes gehört überwiegend dem Proceßrecht, dieses dem materiellen Recht an [2]).

Es mag gestattet sein, diese Unterscheidung an den Schuldverhältnissen durchzuführen und zu zeigen, wie alles darauf ankömmt, ob in dem Anerkenntniß einer Schuld nur die Erklärung liegt, daß sie bestehe, oder auch der Wille, daß sie bestehe, ob die Parteien die Schuld nur constatiren, oder ob sie sie constituiren (begründen) wollten, ob sie in Ansehung des Bestandes der fraglichen Schuld eine bindende Vereinbarung treffen wollten oder nicht.

Wenn ein Schuldner für seine Schuld Pfänder oder Bürgen stellt, wenn er Zinsen oder Abschlagszahlungen leistet, wenn er den Gläubiger um Stundung bittet, so erkennt er hiemit den Bestand der Schuld an. Aber dieses Anerkenntniß ist sicher nur ein declaratives, unverbindliches. Der Schuldner erklärt, daß er schulde, nicht daß er schulden wolle: er setzt den Bestand der Schuld voraus, nicht fest: er urtheilt, aber er verurtheilt sich nicht. Ebenso liegt im Versprechen der Zahlung der eigenen Schuld (constitutum debiti proprii) ein declaratives Anerkenntniß, dafern nicht etwa dieses Versprechen hypothetisch gefaßt, bedingt gegeben ist (L. 5 §. 3 D. de pec. const. 13. 5. L. 122 §. 4 D. de V. O. 45. 1) [3]). Durch Anerkennungsacte dieser Art wird bekanntlich der Lauf der Verjährung unterbrochen. L. 7 §. 5 L. 8 §. 4. C. de praescr. trig. 7. 39.

---

[2]) Bähr S. 75.

[3]) Bruns S. 73, 76 fg. 93 fg. 108.

Digitized by Google

L. 5. C. de duob. reis 8. 40. Wie nun, wenn der Schuldner nach Ablauf der Verjährung die Schuld in voller Kenntniß des Sachverhalts, etwa aus Rechtsgefühl, „anerkennt"? Er spricht hiemit den Willen aus, die Schuld, obwohl sie durch Verjährung erloschen ist, dennoch gelten zu lassen: er will schulden, obgleich er in der That nicht mehr schuldet oder doch nicht mehr zu schulden braucht. Es liegt somit ein echtes verpflichtendes Anerkenntniß, ein wahres Schuldversprechen vor, nicht etwa ein Zahlungsversprechen, da ja nach der richtigen Ansicht eine natürliche Verbindlichkeit nicht übrig bleibt: die Verjährung, welche nunmehr beginnt, ist nicht die frühere, sondern eine neue dreißigjährige. Sieht man in der Verjährung einen selbstständigen, wenn auch nicht unmittelbar, so doch vollkommen wirksamen Erlöschungsgrund der Ansprüche, so kann man nicht sagen, daß in der Anerkennung der verjährten Schuld ein Verzicht auf die exceptio temporis liege[4]): man muß vielmehr umgekehrt sagen, daß in dem Verzicht auf die Einrede der Verjährung (auf die abgelaufene Verjährung) ein vollkommen bindendes Anerkenntniß der verjährten Schuld liege: der Schuldner verzichtet nicht so sehr auf die Geltendmachung als vielmehr auf die Wirkung der Verjährung. Diesen Standpunkt nimmt mit Recht das preußische Landrecht ein, indem es I. 9 §. 564 bestimmt: „Ist die Verjährung bereits vollendet, so hebt ein Anerkenntniß des verloschenen Rechtes die Wirkung derselben nur in so fern auf, als aus diesem Anerkenntniß nach den Gesetzen ein neuer Rechtsgrund entsteht"[5]). Ein solches verpflichtendes Anerkenntniß ist nicht bloß dann vorhanden, wenn der Schuldner ausdrücklich die verjährte Schuld anerkennt, sei es, daß er ausdrücklich sie zu zahlen verspricht oder ausdrücklich auf die abgelaufene Verjährung verzichtet, sondern auch dann, wenn er in Kenntniß des wahren Sachverhaltes nach Ablauf der Verjährung Bürgen oder Pfänder bestellt oder Zinszahlung leistet: er verpflichtet sich hiemit zur Zahlung der verjährten Schuld. Es darf nicht befremden, daß in denselben Acten, welche vorhin als nur ein declaratives Anerkenntniß enthaltend bezeichnet wurden, nun-

[4]) So will es Bähr, S. 176, 177.

[5]) Förster, Theorie und Praxis des preuß. Pr.-R. I. S. 291. 292.

Digitized by Google

mehr ein constitutives Anerkenntniß gefunden wird: dieselbe Handlung kann unter verschiedenen Umständen verschiedene Bedeutung und Wirkung haben. Dort handelte der Schuldner in der bezeichneten Weise, weil er zu schulden *glaubte*, hier, weil er schulden *wollte*. Wer in voller Kenntniß der Schulderlöschung durch Verjährung dennoch Bürgen und Pfänder bestellt u. s. w., kann vernünftigerweise keinen anderen Willen haben, als die verjährte Schuld dennoch gelten zu lassen[6]). Auf ähnlicher Interpretation beruht ja auch die Annahme eines Verzichts auf das dem Schuldner zustehende besondere Anfechtungsrecht im Fall der Bestellung von Bürgen, Pfändern u. s. w.: wer solche Handlungen in Kenntniß des ihm zustehenden Bestreitungsrechts (L. 20 D. de Sc. Maced. 14. 6) vornimmt, kann nur die Intention haben, die Schuld trotz dieses Anfechtungsrechtes[7]), im Ganzen oder doch zu einem gewissen Betrag (L. 9 pr. D. cit.) gelten zu lassen. Hieher gehört insbesondere die Anerkennung der Darlehensschuld durch den selbstständig gewordenen Hausſohn (L. 9 pr. D. cit. L. 2 C. eod. 4. 28); ferner der Verzicht auf die querela non numeratae pecuniae, wenn der Schuldner auf die Caution hin (fidem cautionis agnoscens) Theilzahlung leistet (L. 4 C. de n. n. p. 4. 30). Desgleichen liegt in der Fortsetzung der Ehe von Seiten des mit seinem Anfechtungsrecht bekannten Ehegatten eine „Anerkennung" der Ehe, d. h. ein Verzicht auf das Bestreitungsrecht (c. 21 X. de spons. 4. 1)[8])

Wenn bei einer Obligation von unbestimmtem Betrag, z. B. bei einem Schadenersatze von unbestimmter Taxation oder einer nach den Umständen und Verhältnissen zu bestimmenden Dos oder Alimentation, die Zahlung einer bestimmten Summe

---

[6]) Aus der Zahlung eines Theiles der verjährten Schuld kann aber allerdings nicht sofort geschlossen werden, daß der Schuldner sich auch zur Zahlung des Schuldrestes verpflichten wollte. Vgl. auch Schlesinger, zur Lehre von den Formalcontracten S. 134 Note 11.

[7]) Aber auch nicht mehr: der Schuldner, der die exceptio Sc Macedoniani remittirte, kann immerhin den Bestand der Darlehnsschuld bestreiten. In diesem Sinn kann man mit Bähr von einer „unvollkommenen" Anerkennung sprechen.

[8]) Bähr S. 174. 184.

Digitized by Google

durch Vertrag festgestellt und versprochen wird, so liegt jedenfalls ein beide Theile verpflichtendes Anerkenntniß vor, es sei nun ein unentgeltliches (Vergleich), nicht, wie Bruns S. 103 fg. in Ermangelung eines eigentlichen Vergleichs will, nur ein einfaches beweismachendes Anerkenntniß, ein bloßes außergerichtliches Geständniß. Die Parteien sind über Bestand und Höhe der Schuld einig geworden und haben hiemit durch freie Vereinbarung jus ei rei gemacht: der Schuldner hat sich selbst zur Zahlung der Schuld verurtheilt und auch der Gläubiger kann keinen höheren Betrag mehr fordern, mag nun die betreffende Ziffer durch gegenseitiges oder durch einseitiges Nachgeben festgestellt worden sein.

Am wichtigsten und bestrittensten ist die Frage, welche Bedeutung und Wirkung die Anerkennung habe, in Ansehung von Schuldscheinen. Auch hier muß man die Frage so stellen: Liegt in der Ausstellung eines Schuldscheins ein Selbstzeugniß oder eine Selbstverurtheilung? Ist der Schuldschein ein Beweisdocument oder eine Dispositivurkunde? Ist das im Schuldschein ausdrücklich oder stillschweigend enthaltene Zahlungsversprechen ein eigentliches Zahlungsversprechen (constitutum debiti) oder ein Schuldversprechen (promissio debiti)? Erklärt der Schuldner im Schuldschein, daß er schulde, oder erklärt er, daß er schulden wolle? Und da kann doch meines Erachtens kaum ein Zweifel darüber sein, daß der Schuldner durch die Ausstellung und Einhändigung eines den Schuldgrund enthaltenden Schuldscheins (sog. cautio quae discrete loquitur) in der Regel nur constatiren will, daß und aus welchem Grunde er schulde: daß also der Schuldschein in der Regel nur ein Zahlungs-, nicht ein Schuldversprechen enthält und nur dazu bestimmt ist, Beweis, nicht Recht, zu machen. Ich glaube, man hat allen Grund, Bruns beizustimmen[9]), wenn er sagt (S. 95): „Man nehme z. B. ich habe Geld von einem Freunde geliehen, ohne allen Schein, weil er mir vollständig traut; später bittet er mich aus Vorsicht für einen etwaigen Todesfall mit Rücksicht auf meine Erben um Ausstellung eines Scheines; wird hier einer von uns etwas anderes im Sinne haben als Aus-

[9]) Ihm folgt jetzt auch Windscheid, Pandekt. II. §. 184 a.

Digitized by Google

ſtellung eines Beweismittels? Wird einer von uns auch nur von ferne an ein neues Verſprechen und eine neue Verpflichtung denken? Werden wir nicht beide die einfache unveränderte Fortdauer der alten Obligation vorausſetzen und beabſichtigen? Man braucht aber gar nicht nach ſolchen beſonderen Fällen zu ſuchen, im Gegentheil wird man in der Regel, wenn Jemand über eine beſtehende Schuld ſpäter einen Schein mit Bezeichnung des Grundes derſelben und ohne Aenderung im Inhalt derſelben ausſtellt, bloß Begründung eines Beweismittels ohne neues Verſprechen und neue Verpflichtung annehmen müſſen, ſchon aus dem einfachen Grunde, weil man ohne beſonderen Grund nicht über den buchſtäblichen Inhalt einer Erklärung hinausgehen darf". In der That: der Schuldner, der ſeinem Gläubiger einen ſolchen Schuldſchein in die Hand giebt, insbeſondere, wie dies am häufigſten der Fall iſt, einen Darleihensſchein unmittelbar vor oder nach Anzahlung der Darleihensſumme, will damit nicht die Forderung außer Streit ſetzen, ſondern vielmehr gerade für den Fall ihrer Beſtreitung dem Gläubiger ein Mittel zu ihrer Darthuung gewähren. Dies iſt auch die Auffaſſung der Quellen: L. 59 D. de leg. III. L. 27 pr. §. 1 L. 32 D. de furt. 47. 2. L. 10 §. 3 i. f. D. de edend. 2. 13. L. 40. 41. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. cf. Paul. R. S. II. 31 §. 32. L. 82 §. 3 D. de furt. 47. 2. Das in einem ſolchen Schuldſchein enthaltene Zahlungsverſprechen hat die Bedeutung und Wirkung eines Schuldconſitus (constitutum debiti) und der Schuldner iſt ohne Weiteres zur Führung des Gegenbeweiſes zuzulaſſen[10]).

Immerhin aber kann der Schuldſchein noch eine andere Bedeutung als die eines Beweismittels haben und etwas anderes als ein techniſches Zahlungsverſprechen enthalten.

Vor allem kann ein Schuldſchein (z. B. ein Darlehensſchein) von den Parteien gegeben und genommen werden in der

---

[10]) Es iſt alſo in der Regel bei einem Schuldbekenntniß inter vivos umgekehrt zu halten, als wie bei einem Schuldbekenntniß in einer letztwilligen Erklärung: hier gilt das Schuldbekenntniß im Zweifel als Schuldvermächtniß. Bähr, S. 202. 203. Unger, Syſtem VI. §. 72 Anm. 7.

Digitized by Google

übereinstimmenden Absicht hiemit ein anderes zwischen ihnen wirklich bestehendes Verhältniß zu maskiren (z. B. eine Schenkung). In diesem Fall erklärt der Schuldner, der die Absicht zu schenken hat, seinen Willen, sich so behandeln zu lassen, als hätte er die geschenkte Summe geliehen bekommen (ut videatur accepisse, quod non accepit L. 1 C. de don. ante nupt. 5. 3): er will sich als Darlehensschuldner behandeln lassen, obgleich er in der That Schenkgeber ist[11]), oder als Depositar, obgleich er in der That Dotalschuldner ist (cf. L. 27 D. depos. 16. 3). Dieses Verhältniß interessirt uns hier nicht weiter: die Parteien sind darüber einig, statt des wirklichen Schuldverhältnisses ein fingirtes unter sich gelten zu lassen. Was uns hier beschäftigt, ist die Vereinbarung der Parteien, ein behauptetes (prätendirtes) Schuldverhältniß als wirkliches gelten zu lassen. Dies ist der Fall, wenn der Ausstellung des Schuldscheins eine Transaction über den Bestand der Schuld und die Feststellung derselben vorhergeht: dann bekundet der Schuldschein eine festgestellte Schuld und enthält ein echtes Schuldanerkenntniß. Wenn z. B. der Schuldner nach längeren Verhandlungen die angezweifelte Darlehensschuld von 100 in bindender Weise (animo obligandi) anerkennt und nunmehr einen Darlehensschein ausstellt, so enthält dieser ein wahres Schuldversprechen: der Erneuerung der Schuldbestreitung stünde die exeptio rei consensu finitae (rei transactae im weiteren Sinne) entgegen und der Schuldner ist verpflichtet, seiner Selbstverurtheilung Folge zu leisten. Wenn ein Mandant, nach längeren Zögern vielleicht, die vom Mandatar gemachten Auslagen per 300 anerkennt und ihm folgenden Schuldschein einhändigt: „Ich bekenne hiemit, daß Du Auslagen im Betrag von 300 für mich gemacht hast und verspreche Dir, dieselben zu ersetzen" — oder wenn in den oben gegebenen Beispiel der Delictsschuldner folgenden Schuldschein ausstellt: „Ich bekenne, dem N. einen Schaden im Betrag von 300 zugefügt zu haben und verspreche hiemit, denselben zu vergüten" — so ist der Schuldschein in diesen und ähnlichen Fällen nicht bloß Beweisurkunde, sondern

---

[11]) Vgl. auch Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen. I. § 17 Nr. 12. S. 328 fg. Windscheid II. §. 184 a Note 6.

Digitized by Google

in erster Linie Dispositivurkunde (Vertragsurkunde) und es ist dem geklagten Schuldner nicht mehr gestattet, einfach den Beweis der Nichtexistenz der anerkannten Schuld zu führen. Der Schuldschein enthält in solchen Fällen ein verpflichtendes Anerkenntniß: nicht einen Beweisvertrag (Vertrag über den Beweis) sondern einen Schuldvertrag (Vertrag über die Schuld). Der Gläubiger stellt in den gegebenen Fällen nicht etwa die actio mandati contraria resp. die actio ex delicto an und führt nicht etwa mit dem Schuldschein den Beweis der Existenz und Höhe seines Mandats- oder Delictsanspruchs, sondern er klagt aus dem im Schuldschein enthaltenen selbstständigen Schuldversprechen auf Erfüllung desselben.

Das Schuldbekenntniß kann somit einen doppelten Inhalt haben: es kann Bekenntniß einer Schuld, es kann Bekenntniß einer festgestellten (ausgemachten) Schuld sein. Jenes ist declaratives, dieses constitutives Schuldanerkenntniß: jenes macht Beweis, dieses Recht: dort erklärt der Schuldner, daß er schulde, hier daß er schulden wolle: dort ist die anerkannte Schuld bestreitbar, hier unbestreitbar: dort findet Gegenbeweis, hier Einredebeweis statt: dort ist das hinzugefügte Leistungsversprechen Zahlungsversprechen, hier Schuldversprechen[12]). Wenn aus dem

[12]) Windscheid II. §. 184 a Note 7 bemerkt: „Es ist eine noch andere Auffassung des Inhalts des Schuldbekenntnisses möglich ... Man könnte sagen, der Aussteller des Schuldbekenntnisses verspreche nicht sowohl, die anerkannte Schuld als bewiesen annehmen, als vielmehr sie nicht bestreiten zu wollen. Wäre dies wirklich der Inhalt des Schuldbekenntnisses, so müßte die dennoch geschehene Bestreitung als nicht geschehen betrachtet werden; der Fordernde brauchte also gar nicht zu beweisen und könnte daher auch durch den Gegenbeweis nicht zurückgeschlagen werden; es müßte vielmehr der Schuldner die übernommene Verpflichtung auf Grund ermangelnder Voraussetzung nach den Grundsätzen der condictio indebiti anfechten. Das Schuldbekenntniß wäre nach dieser Auffassung Anticipation des gerichtlichen Geständnisses ...“ Vgl. auch krit. Viertelj. Bd. 6, S. 465. 466. Ich glaube, Windscheid befindet sich in einer Täuschung. Das Versprechen, die anerkannte Schuld nicht bestreiten zu wollen, ist eben nicht anderes als das Schuldversprechen: denn eine Schuld nicht bestreiten zu wollen, heißt sie gelten lassen wollen, also sie schulden wollen: dieser Wille kommt aber eben in der und durch die promissio debiti zum juristischen Ausdruck. Jene

Digitized by Google

Schuldschein nicht von selbst erhellt, daß er ein verpflichtendes Schuldanerkenntniß enthalte, so ist es Sache des Gläubigers, zu beweisen, daß die von ihm behauptete bindende Transaction der Ausstellung des Schuldscheins vorhergegangen und somit eine Bestreitung der Schuld unzulässig sei. Wenn z. B. zwischen dem Gläubiger des Erblassers und dem Erben Streit über eine Darlehnsschuld des Erblassers herrscht, der Erbe endlich nachgiebt und folgenden Schuldschein ausstellt: „Ich bekenne dem A. aus einer Darleihensschuld meines Erblassers, welche ich hiemit als zu Recht bestehend anerkenne, 100 schuldig zu sein, und verspreche hiemit, dieselben zu bezahlen" — (cf. L. 1 C. si cert. 4. 2), so ist der Gläubiger hinlänglich gedeckt: fehlen aber die unterstrichenen Worte in dem Schuldscheine, so müßte der Kläger gegenüber der versuchten Bestreitung der erblasserischen Schuld die stattgefundene Vereinbarung rücksichtlich ihres Bestandes, die vertragsmäßige Feststellung ihrer Existenz beweisen.

Die größte practische Wichtigkeit hat die Frage, ob aus Schuldscheinen, welche den speciellen Schuldgrund (causa debendi) nicht enthalten (sog. generelles Schuldbekenntniß, unbestimmter Schuldschein cautio quae indiscrete loquitur) geklagt werden kann. Man ist heutzutage mit Recht davon überzeugt, daß es ein dringendes Bedürfniß des Verkehrs und eine Forderung des herrschenden Rechtsbewußtseins sei, solche Klagen für zulässig zu erklären: es handelt sich nur eben darum, wie des theoretisch zu begründen sei. In neuester Zeit ist die Auffassung beliebt worden, in einem solchen Schuldschein („ich bekenne hiemit, dem A. 100 schuldig zu sein und verspreche, sie ihm zu bezahlen") ein Schuldconstitut mit genereller Anerkennung der constituirten Schuld (Hauptschuld) zu sehen und darauf hin die Constitutsklage zuzulassen. Man geht hiebei von der doppelten Erwägung aus, daß 1. zur Begründung der Constitutsklage die specielle Angabe der Causa der constituirten Schuld (Haupt-

---

„andere Auffassung" führt somit in der That auf die Bähr'sche Auffassung hinaus, man müßte denn ein processualisches Versprechen der affirmativen Streiteinlassung annehmen wollen, was den größten Bedenken unterläge und wohl auch von Windscheid nicht gemeint ist.

Digitized by Google

schuld) processualisch nicht nothwendig sei, sondern die allgemeine Angabe der Hauptschuld genüge; 2. daß ein generelles Geständniß (Bekenntniß) zum Beweis der Hauptschuld bei der Constitutsklage genüge, daß also die Causa der Hauptschuld nicht speciell bewiesen werden müsse. Diesen Weg hat zuerst Schlesinger, zur Lehre von den Formalcontracten S. 136 fg. 142 fg., eingeschlagen; ihn wandelt in selbstständiger Weise und mit schärferer und klarerer Formulirung Bruns S. 118 fg. 126 fg.; Beiden folgt unbedingt neuestens Windscheid, Pandekt. II. §. 184 a und auch Arndts, Pandekt. 5. Aufl. §. 240 Anm. 4, scheint sich dieser Ansicht jetzt anzuschließen.

Von so gewichtigen Namen diese Auffassung nun auch vertreten wird, sie scheint mir doch ganz und gar vergriffen und durchwegs unhaltbar[13]).

Es ist allerdings richtig, daß die Constitutsklage das Zahlungsversprechen zu ihrem Fundament hat: aber das Zahlungsversprechen hat wieder die constituirte Schuld zu seinem Fundament: die Constitutsschuld ist die Nebenschuld, die constituirte Schuld die Hauptschuld. Auf diese kommt daher Alles an: sie ist die Basis des ganzen Anspruchs[14]). Der Kläger fordert allerdings aus dem Constitut die versprochene Zahlung, aber nicht die Zahlung einer Schuld „überhaupt" (in genere), sondern die Zahlung der bestimmten constituirten Schuld. Der ganze Streit im Constitutsproceß dreht sich nicht um das Zahlungsversprechen, sondern um die constituirte Schuld: darum, ob die Hauptschuld bestehe oder nicht. Der Kläger muß daher diese Fundamentalschuld individualisiren, muß sie auf concrete

---

[13]) Dagegen hat sich auch Wetzell, System des Civilprocesses, 2. Aufl. §. 22, Note 1, erklärt.

[14]) Die in der Praxis übliche Formulirung der Constitutsklage („Verklagter schulde dem Kläger so und so viel, habe dieses auch anerkannt und versprochen und zahle nun dennoch nicht") ist allerdings nicht correct, da der Constitutskläger aus dem Constitut, nicht aus der constituirten Schuld klagt (Schlesinger S. 142 fg. Bruns S. 118 fg.): allein sie erklärt sich eben aus dem bedingenden Verhältniß von Principale und Accessorium, indem auch für die processualische Geschichtserzählung die Hauptschuld naturgemäß als das Prius erscheint, wozu dann später das Zahlungsversprechen accessorisch hinzugetreten ist.

Digitized by Google

Entstehungsthatsachen zurückführen, damit der Beklagte sich dagegen vertheidigen könne. Ist dieser sonst nach Proceßgrundsätzen berechtigt, die Angabe des Grundes zu fordern, aus dem er schulden soll (quare dicta pecunia deberetur c. 3 X. de obl. lib. 2. 3), so muß er hierzu auch bei der Constitutsklage befugt sein: es genügt nicht, daß der Kläger den Grund angiebt, aus dem der Beklagte zahlen soll, er muß auch den Grund angeben, aus dem dieser schuldet, was er zahlen soll. Die Frage könnte nur noch die sein, ob der Constitutskläger schon in der ersten Schrift (Klagschrift) die specielle Causa der Hauptschuld anzugeben habe, oder erst auf Verlangen des Beklagten in einer späteren Schrift. In dieser Beziehung kann es aber nach heutigen processualischen Grundsätzen keinem Zweifel unterliegen, daß der Kläger gleich in der ersten Schrift alle Thatsachen anführen muß, durch die er seinen Anspruch unmittelbar oder mittelbar fundirt, damit der Beklagte sich sofort in der Einredeschrift ausführlich darauf einlassen könne[15]). Dagegen hat man nun freilich den oben ad 2 angeführten Satz zu Hülfe gerufen und behauptet, daß in der Ausstellung eines generellen Schuldbekenntnisses eben die Erklärung des Schuldners liege, „den Anspruch des Gläubigers gegen sich gelten lassen, nicht bestreiten und keinen weiteren Beweis darüber von ihm verlangen zu wollen" (Bruns S. 126). Allein ein solcher Vertrag enthielte nicht so sehr das Versprechen, „die eingestandene Schuld (vorbehältlich des Gegenbeweises) als bewiesen gegen sich gelten zu lassen", als vielmehr das Versprechen, den Anspruch, vorbehältlich der Gegenausführungen, als processualisch begründet (fundirt) gelten zu lassen: es wäre nicht so sehr ein Beweisvertrag, wie man ihn genannt hat, als vielmehr in erster Linie ein vertragsmäßiger Verzicht auf die nothwendige Substantiirung der Klage. Der Schuldner würde hiemit den Gläubiger von der processualischen Verpflichtung, bestimmte Thatsachen anzuführen, befreien und die Anführungslast[16]) auf sich nehmen: denn, um den Gegenbeweis zu führen, müßte er jetzt die Causa der con-

[15]) Bayer, Vorträge über den Civilpr. 8. Aufl. S. 530 fg.
[16]) Unger, System II. §. 123, insbes. Note 9.

Digitized by Google

stituirten Schuld angeben und ihre Nichtexistenz darthun. Ein solcher Vertrag ist aber, wie ich glaube, nach den Grundsätzen des Proceßrechtes, das in dieser Beziehung juris publici ist, unstatthaft: der Rechtsstreit muß sich nach unserer Auffassung von vornherein in einen Streit um Thatsachen auflösen. Wäre jener sog. Beweisvertrag in der That zulässig, dann müßte man consequent nicht bloß eine Constitutsklage, sondern eine Schuldklage überhaupt aus einem generellen Schuldbekenntniß zulassen. Denn kann der Schuldner den Gläubiger von der processualischen Verpflichtung, die Klagthatsachen anzuführen und seine Forderung zu specialisiren, rechtswirksam entbinden, so muß dies für alle Fälle gelten: kann eine Schuld „überhaupt" (in genere) geltend gemacht und bewiesen werden, so muß dies für die Hauptschuldklage eben so gut gelten, wie für die Constitutsklage. Diese Behauptung ist aber bisher noch von keiner Seite aufgestellt worden [17]).

---

[17]) Vermag nun auch das constitutum debiti proprii dem Kläger aus generellen Schuldbekenntnissen nicht die gewünschte rettende Hülfe zu bringen, so hat es doch im Uebrigen auch noch für das heutige Recht die große practische Bedeutung, welche Bruns S. 97 fg. 105 fg. in trefflicher Weise dargelegt hat. Namentlich ist heutzutage auch noch der Satz: debitum vel natura sufficit (L. 1 §. 7 D. ht 13. 5) von großem praktischen Werth. Wenn eine Gesetzgebung, wie die österreichische, das mündliche Schenkungsversprechen und (erlaubte) Wett- und Spielschulden für unklagbar erklärt (§§. 943, 1271, 1272), so ist es von großer Wichtigkeit, daran festzuhalten, daß das später mündlich oder schriftliche ertheilte Versprechen der Bezahlung solcher Schulden vollwirksam ist und eine eigene Klage (Constitutsklage) gewährt. Ich weiß zwar recht wohl, daß man in der Praxis davor zurückschrickt und in solchen Verabredungen ein agere in fraudem legis sehen will. Aber man sollte doch bedenken, daß solche Schulden rechtswirksam gezahlt werden können (§. 1432 b. G. B.): was wirksam gezahlt werden kann, dessen Zahlung muß auch wirksam versprochen werden können. Der Einwand, daß man unbesonnen, übereilt, unbedacht das Zahlungsversprechen gegeben haben mag, hat Kinder, nicht Erwachsene vor Augen: jura vigilantibus scripta. Zum Mindesten müßte man doch im Fall des §. 943 b. G. B. das schriftliche Zahlungsversprechen für klagbar halten. Es ist ferner auch für das österr. Recht ein constitutum debiti alieni anzunehmen. Wenn Jemand einen Gläubiger, der den Wechselarrest gegen seinen Schuldner

Digitized by Google

Alle diese Schwierigkeiten verschwinden, wenn man mit Bähr in dem generellen Schuldbekenntniß ein verpflichtendes Anerkenntniß sieht. Denn dann verlangt der Kläger nicht Zahlung der anerkannten Schuld — die gleichfalls individualisirt werden müßte — sondern Zahlung der individuellen Anerkenntnißschuld: nicht Erfüllung der alten Obligatio, sondern Erfüllung des selbstständigen Schuldversprechens, so wie der Kläger mit der Vergleichsklage Erfüllung nicht der verglichenen Schuld, sondern der Vergleichsschuld fordert. Die Frage ist nur die, ob man berechtigt ist, in einem generellen Schuldbekenntniß ein solches verpflichtendes Anerkenntniß, in dem ausdrücklich oder stillschweigend damit verbundenen Versprechen, zu zahlen, ein Schuldversprechen zu sehen? Und dies scheint mir in der That ganz unbedenklich.

In dem generellen Schuldbekenntniß liegt jedenfalls ein Anerkenntniß, als declaratives wäre es ganz wirkungslos: da darf man es wohl als constitutives interpretiren, so daß der Aussteller sich hiemit zum Schuldner auf die bezeichnete Leistung machen wollte. Nehmen wir an, der Schuldner hätte dem Gläubiger einen Schuldschein dieses Inhaltes ausgestellt: „Ich bekenne, Dir bei verschiedenen Gelegenheiten (aus verschiedenen Veranlassungen) 100 schuldig geworden zu sein und verspreche, sie Dir zu geben" — so geht hier wohl schon aus dem Inhalt des Schuldbekenntnisses selbst hervor, daß der Schuldner den Bestand der Schuld außer Streit setzen, diese selbst endgültig feststellen wollte: der Schuldner kümmert sich nicht um den Schuldgrund, er fixirt nur den Schuldbestand. Ebenso verhielte es sich, wenn der Schuldschein so lautete: „Nach gepflogenen Verhandlungen mit A bekenne ich, ihm 100 schuldig zu sein, und verspreche hiermit, sie ihm zu zahlen": auch hier ist es klar, daß Gläubiger und Schuldner darüber unter sich

---

ausgewirkt hat, Zahlung dieser Schuld in einigen Tagen verspricht gegen vorläufige Freilassung des Wechselschuldners, so wird man doch wohl auch in Oesterreich hierin nicht eine Bürgschaft sehen wollen, sondern vielmehr ein Versprechen der Zahlung einer fremden Schuld annehmen müssen: die Verbürgung bezweckt Sicherung des Gläubigers, in dem gegebenen Fall handelt es sich um Sicherung des Wechselschuldners.

Digitized by Google

einig sind, daß 100 geschuldet werden: der Bestand dieser Schuld gilt unter ihnen als ausgemacht, steht unter ihnen fest. In solcher Weise darf man endlich wohl auch das generelle Schuldbekenntniß: „Ich bekenne, dem A. 100 schuldig zu sein und verspreche, sie ihm zu zahlen", interpretiren. Der Schuldner, der in solcher Weise von der causa debendi ganz und gar absieht, erklärt hiemit seinen Willen, diese 100 ohne Weiteres zu schulden: es ist so viel, als hätte er erklärt, daß er 100 zahlen müsse, daß er den A. als seinen unbestreitbaren Gläubiger auf 100 anerkenne. In der Einhändigung und Annahme eines so allgemein lautenden Schuldbekenntnisses (profiteor me teneri) liegt sonach eine Vereinbarung der Parteien (pactum cf. L. 40 pr. D. de pact. 2. 14 [18]) über den Bestand der Schuld, welche nur aus den oben angeführten Gründen angefochten werden kann. Wir haben es sonach nicht mit einem processualischen formellen Beweisvertrag, sondern mit einem civilrechtlichen materiellen Urtheilsvertrag zu thun: der Schuldner verspricht die Schuld, nicht als bewiesen, sondern als zu Recht bestehend gelten zu lassen und verurtheilt sich selbst zu ihrer Erfüllung.

Wie der Schuldschein, so hat auch die Quittung in der Regel nur die Bedeutung und Wirksamkeit eines Beweismittels: apochâ non alias (liberatio contingit), quam si pecunia soluta sit. L. 19. §. 1 de acceptil. 46. 4. L. 6. 13. 23 C. de solut. 8. 43. L. 27 §. 2 D. de furt 47. 2. Wie aber der Wille, die Schuld donandi causa zu erlassen, sich in der Ausstellung einer Quittung manifestiren kann (L. 6 cit.), so kann auch das Schuldanerkenntniß in dieser Gestalt zum Ausdruck gelangen, indem der Gläubiger, der die Behauptung des Schuldners, die Schuld sei bereits (ganz oder zum Theil) getilgt, aus welchem Grund immer anerkennt, also die Schuld als getilgt gelten lassen will, den Empfang der Zahlung bestätigt. L. 21 C. de solut. 8. 43. Interest multum, utrumne spe futurae numerationis suscepisse te, quod instrumento continetur, scripsisse, an accepta minore quantitate tantum, quantum lectio probat, in scriptura conferri placuit:

[18]) Vgl. auch Bähr, S. 234.

Digitized by Google

cum superiore quidem casu residui petitio debiti manet integra, posteriore vero consensu transactionis finitis stare convenit[19]). In der Abgabe und Annahme der Erklärung des Gläubigers, „daß er vollständig befriedigt sei", „daß er nichts mehr zu fordern habe", „daß der Schuldner ihm nichts mehr schulde" u. dgl., liegt eine Transaction zwischen Gläubiger und Schuldner: es ist unter ihnen ausgemacht, sie sind darüber einig, daß der Gläubiger nichts mehr zu fordern habe. L. 40 pr. D. de pact. 2. 14. L. 89 pr. de solut. 46. 3.

Auch bei der sog. Abrechnung (Bähr S. 216 fg. 220 fg. 226 fg.) ist es, abgesehen von den Fällen einer Novation und eines eigentlichen (entgeltlichen) Vergleichs, lediglich Interpretationsfrage, ob die Erklärung des Guthabens declarativ (beweismachend, unverbindlich) oder constitutiv (verpflichtend, verbindlich) gemeint sei, ob also der Schuldner das Resultat der Abrechnung nur constatiren oder ob er dasselbe definitiv feststellen und sich zum Schuldner auf diese Summe constituiren (machen) wollte. Ersteres mag der Fall sein, wenn der Schuldner die Abrechnung einseitig vornimmt und nunmehr seinem Gläubiger, etwa schriftlich ad fidem protestandam (L. 20 D. de instit. 14. 3.), erklärt, daß dieser noch so und so viel bei ihm gut habe (stehen habe), welche er bezahlen werde: hier ist nur ein beweismachendes Anerkenntniß und ein eigentliches Zahlungsversprechen (constitutum debiti) vorhanden und der beklagte Schuldner kann ohne Weiteres den Gegenbeweis führen, daß sich die Sache anders verhalte. L. 47 §. 1 D. de pact. 2. 14. L. 24. D. de const. pec. 13. 5. L. 20. D. cit. 14. 3. Schlesinger S. 155 fg. 160 fg. Bruns S. 124 fg. Wenn aber die Parteien die Abrechnung gemeinsam vornehmen, dabei jeden Posten prüfen und endlich das Facit ziehen, dann ist es sicher ihre Intention, die Abrechnung entgültig vorzunehmen und die gefundene Differenz als Schuld des Einen gegen den Andern vertragsmäßig festzustellen: es gilt unter ihnen als ab- und ausgemacht (consensu finitum, decisum est), daß die Schuld bestehe und der Schuldner, der sie zu begleichen ver-

[19]) Bähr S. 238. Schlesinger S. 149, 150. Arndts in der krit. Ueberschr. IV. S. 245 fg. Windscheid II. §. 357.

Digitized by Google

spricht, leistet ein wahres Schuldversprechen (promissio, stipulatio debiti). Hier wird die Restschuld (reliquatio) auf Grund der Abrechnung anerkannt und auf Grund der Anerkennung versprochen. Ein Beispiel dafür dürfte vielleicht L. 44 §. 1 D. de adm. tut. 26. 7 enthalten[20]). Mit vollem Recht bemerkt Arndts (Kritisch. Ueberseh. IV. S. 244): „Kein Zweifel, daß in der Abrechnung eine verpflichtende Anerkennung liegen kann. Ja, es wird ein vollständig ausgeführtes Abrechnungsgeschäft, wobei das Ergebniß in bestimmten Summen festgestellt, von beiden Theilen durch ihre Unterschrift anerkannt ist, in der Regel nicht anders auszulegen sein, als daß nun dieses Ergebniß auch als vertragsmäßig festgestelltes Schuldverhältniß unter ihnen gelten solle, so daß darauf hin, ohne wiederum auf die einzelnen Schuldposten und deren Ausgleichung gegeneinander (salvo errore calculi) zurückzugehen, geklagt werden kann. Es ist nicht anzunehmen, daß die Parteien ein unnützes erfolgloses Geschäft in solcher Form haben vornehmen wollen, wonach hinterher immer wieder von vorn anzufangen sein sollte. Ist aber der animus obligandi auf das Ergebniß der Abrechnung wirklich vorhanden, so ist kein Grund abzusehen, warum dieser nicht wirksam sein, warum noch nach einem andern materiellen Verpflichtungsgrunde, außer dem Willen, die Sache ins Reine zu bringen, zu fragen sein sollte, oder auf die causa debendi der einzelnen Schuldposten zurückgegangen werden müßte. Die Praxis ist hier einem ganz richtigen Gefühl gefolgt, die theoretische Anknüpfung aber scheint mir Bähr mit Recht in der accessorischen Stipulation (stipulatio debiti) zu finden. Die

[20]) Die Erklärung, welche Rudorff, Vormundschaft Bd. 3, S. 90, von dieser Stelle giebt, kann ich nicht befriedigend finden. Wäre wirklich eine (fälschlich so genannte), „Novation durch Realcontract, d. h. dadurch erfolgt, daß der Kläger dem Tutor die Tutelschuld nach abgelegter Vormundschaftsrechnung als verzinsliches Darlehen läßt", so könnte der Prätor das privilegium exigendi ebenfalls nicht conserviren, weil die privilegirte Forderung eben durch Zahlung getilgt wäre und die Darlehensschuld durch Belassung dieser Summe bei dem Vormund entstünde (L. 15 D. de R. C. 12. 1). Rudorff selbst fühlt das Unbefriedigende seiner Erklärung, indem er mit besserem Recht hinzufügt, es „sei dies mehr als Stundung, denn als eigentliche Novation zu betrachten".

Digitized by Google

Anfechtung wegen (entschuldbaren) Irrthums oder Betrugs oder wegen Simulation, z. B. versteckter ungültiger Schenkung, bleibt dabei vorbehalten". Es kommt also immer nur darauf an, ob die Parteien an eine provisorische Ermittelung oder an eine definitive Feststellung des Guthabens dachten: im Zweifel ist doch wohl das Letztere anzunehmen[21]). Dies gilt namentlich für Abrechnungen unter Kaufleuten, wobei an der sog. Ernstlichkeit des Willens nicht zu zweifeln ist. Mit Recht sieht man die sog. Saldoforderung als eine selbstständige an, mag man sie nun durch Schulderneuerung (Novation) oder durch Schuldfeststellung (accessorische Stipulation) entstehen lassen[22]).

Zum Schluß mag noch der Anerkennung erwähnt werden, wie sie nicht selten von Seiten des Cessus gegenüber dem Cessionar erfolgt. Findet diese Anerkennung *nach* erfolgter Cession statt, so enthält sie nichts Eigenthümliches: es ist dann wieder Interpretationsfrage, ob ein solches Anerkenntniß nur beweismachend oder verpflichtend ist. Von diesem Standpunkte faßt Bähr S. 178 fg. die Frage auf. Allein der Vorgang, der gewöhnlich stattfindet und ein besonderes practisches Interesse hat, ist ein anderer: es handelt sich um ein Anerkenntniß *vor* oder doch *bei* der Cession[23]). Wer eine Forderung entgeltlich an sich zu bringen beabsichtigt, pflegt sich, um sicher zu gehen, vorher bei dem Schuldner um den Rechtsbestand („die Richtigkeit") der Forderung zu erkundigen. Wenn nun der Schuldner die Forderung „anerkennt", d. h. sie für zu Recht bestehend („richtig"

---

[21]) A. M. Bruns S. 127.

[22]) Bähr S. 225, 226. Vgl. auch Regelsberger, die rechtliche Natur des Abrechnungsgeschäftes, im civ. Arch. Bd. 47, Nr. 8, insbesondere S. 169 fg., Endemann, das deutsche Handelsrecht S. 622 fg., 690 fg., dessen Ausführungen S. 470 fg. mir jedoch in gar mancher Beziehung sehr bedenklich scheinen. Die Bemerkung von Windscheid II. §. 354 Note 15 a. E. beruht wohl auf einem Mißverständniß: es handelt sich um die Restschuld, nicht um die getilgten Forderungen.

[23]) Die älteren Schriftsteller, welche diese Frage vielfach ventilirten (die neueren pflegen hierüber zu schweigen), sprechen denn auch von der „Zuziehung" des Schuldners zur Cession, insbesondere von seiner Mitunterfertigung des Cessionsscheines. Glück, Bd. 16, S. 426, 427. Mühlenbruch, Cession 3. Aufl., S. 511, 512.

Digitized by Google

L. 4. 5 D. de her. vend. 18. 4) erklärt und die Cession nunmehr im Vertrauen des Cessionars auf diese Aeußerung des Schuldner stattfindet, so erschiene die spätere Bestreitung der Forderung als ein Vertrauensbruch und es würde ihr die replica doli entgegengesetzt werden können (arg. L. 47 pr. D. de R. J. L. 8 D. dolo 4. 3). Durch eine solche Anerkennung, welche der Schuldner entweder ausdrücklich oder stillschweigend dadurch ausspricht, daß er, zur Cession zugezogen, gegen den Bestand der cedirten Forderung keine Einsprache thut und den Cessionar nicht warnt[24]), übernimmt somit der Schuldner die Garantie für „die Richtigkeit" der Forderung: es ist, als ob er dem Cessionar erklärt hätte, daß er auf seine Gefahr hin das Cessionsgeschäft vornehmen könne (cf. L. 12 §. 13 . . . 15 D. mand. 17. 1.): nomen agnoscendo periculum suum facit. Dieser Fall hat sonach eine gewisse Aehnlichkeit mit der Anerkennung (Billigung) der von dem früheren Vormund contrahirten Forderungen durch seinen Nachfolger: dieser nimmt hiemit die Gefahr auf sich: nomen agnoscendo periculum in se transfert. L. 35. 44 pr. D. de adm. tut. 26. 7. L. 19 D. de tut. 27 3 [25]). Nur findet hier die Haftung für die Sicherheit (Einbringlichkeit) der Forderung statt (nomen idoneum bonum esse), in unserem Falle dagegen für die Existenz (Richtigkeit) der Forderung (nomen verum esse [26]). Das geschilderte Anerkenntniß ist sonach weder ein beweismachendes noch ein verpflichtendes, sondern ein Anerkenntniß sui generis [27]).

---

[24]) Das wäre somit wieder ein Fall, wo in dem Schweigen eine Erklärung liegt. Unger II. §. 85, S. 11, 12. Arndts Pand. §. 64, Anm. 2. Windscheid I. §. 72, Note 10.

[25]) Glück, Bd. 30, S. 309, 310. Rudorff, Recht der Vormundsch. Bd. 2, S. 359.

[26]) Es ist daher jedenfalls (cf. L. 4. 5 D. cit. 18. 4) ungenau, wenn man dies so ausdrückt, daß „der Schuldner hernach keine von der Person des Cedenten hergenommenen Einreden der Forderung entgegensetzen kann" (Glück, S. 427): er kann die Forderung überhaupt nicht bestreiten, also insbesondere weder ihre rechtsgültige Entstehung läugnen, noch ihre Erlöschung vor erfolgter Cession geltend machen.

[27]) In diesem Sinne bestimmt das österr. bürg. Gesetzbuch §. 1396: „Hat er (der Schuldner) die Forderung gegen den redlichen Uebernehmer

Digitized by Google

4. Zur Lehre von der rei vindicatio und publiciana in rem actio.

Vom O.-A.-G.-Präs. von Düring.

(Inhalt: 1. Bei der rei vindicatio überhebt der bloße Umstand, daß der verklagte Besitzer des streitigen Objects seinen Besitz vom Kläger selbst ableitet, diesen des Beweises seines Eigenthums nicht. — 2. Kann der verklagte Besitzer des streitenden Gegenstandes die wider ihn erhobene actio publiciana durch Berufung auf seinen eignen guten Glauben abwenden, wenn er seinen Besitz vom Kläger selbst, mittelbar oder unmittelbar ableitet? — 3. Unter welchen Voraussetzungen macht das Beschreiben eines Stückes Papier mit einem Schuldbekenntnisse den Aussteller des Letzteren zum Eigenthümer des Papiers? und wird nicht wenigstens dadurch, daß das Gericht eine von ihm aufgenommene Urkunde dem Schuldner gegen Erlegung der Gerichtsgebühr und Stempelabgabe übergiebt, dieser zum Eigenthümer der Urkunde?)

Die Rentiers A. und B. streckten dem Gutsbesitzer C. ein

---

für richtig erkannt, so ist er verbunden, denselben als seinen Gläubiger zu befriedigen." Zeiler, Comment. Bd. 4, S. 90, bemerkt dazu: „Insofern aber der Schuldner die Forderung für richtig erklärt hat, kann er selbst gegründete Einwendungen — zufolge seines Geständnisses, wodurch er den redlichen Uebernehmer, dem sie unbekannt waren, zur Uebernahme bestimmt hat — der Richtigkeit der Forderung nicht mehr entgegensetzen. Doch kann ein Schuldner, bevor die Klage rechtlich angebracht ist, zur Aeußerung, ob und in wie fern er die Forderung für richtig anerkenne, nicht verhalten werden." In diesem Sinne dürfte vielleicht auch das preuß. Landrecht I. 11, §. 412 zu verstehen sein: „Hat der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegen zusetzen." vgl. I. 16, §. 314 fg. Doch herrscht darüber in der preuß. Jurisprudenz vielfache Meinungsverschiedenheit. Förster, I. S. 641, 642. Vgl. S. 571, 572. Die neueren Gesetzgebungen und Entwürfe enthalten in dieser Beziehung keine Bestimmung, was kaum zu billigen sein möchte.

Digitized by Google

größeres Capital vor, für welches dieser vor einem Gerichte in Westpreußen eine Schuldbekenntnißurkunde, in welcher er sein dort belegenes Gut zum Pfande bestellte, aufnehmen ließ. Diese Urkunde wurde nach beschaffter Ingrossation von C. dem A. für beide Gläubiger eingehändigt und von diesem im Einverständnisse mit B. für Beide aufbewahrt.

A. cedirte aber ohne Wissen des B. die ganze Forderung dem D. und übergab diesem die Forderung zum alleinigen Eigenthume, indem er ihn mit Hülfe eines anscheinend fingirten Cessionsdocuments glauben machte, daß B. seinen Antheil an der Forderung und der Schuldurkunde ihm, dem A. zuvor übertragen habe.

Später gerieth A. in Concurs, so daß B. sich an demselben wegen seines Antheils an der fraglichen Schuldforderung nicht erhohlen konnte. Von C. konnte er, nach dem hierbei in Betracht kommenden preußischen Landrechte, ohne den Besitz der Schuldurkunde die Berichtigung seiner Forderung nicht erreichen. Er sah sich also genöthigt, wider D. Klage auf Einräumung des Mitbesitzes der Urkunde zu erheben; demzufolge stellte er, unter der Behauptung, wirklicher, jedenfalls publicianischer Miteigenthümer der Urkunde zu sein, auf deren Herausgabe die rei vindicatio, eventuell die publiciana in rem actio wider D. an.

Dabei stützte er sein Eigenthum auf die Entstehungs- und Erwerbs-Geschichte der Urkunde, eventuell bezog er sich darauf, daß er die Urkunde zu seinem Antheile im guten Glauben von C. acquirirt und während dreier Jahre besessen, folgeweise auch durch Ersitzung eigenthümlich erworben habe.

Der Beklagte D. bestritt zunächst, daß Kläger jemals wirklicher Eigenthümer des fraglichen Antheils an der Schuldurkunde geworden sei, da auch dessen autor, der Schuldner C., niemals wirklicher Eigenthümer der Urkunde gewesen, und da Kläger seinerseits die Urkunde, die derselbe zu seinem Antheile immerhin in gutem Glauben erworben haben möge, nicht drei Jahre lang besessen habe. Sodann hielt er die actio publiciana ihm gegenüber nicht für zutreffend, da er gleichfalls die Urkunde optima fide von A. acquirirt habe.

Das Gericht erster Instanz theilte im Wesentlichen die vom Beklagten zu seiner Vertheidigung vorgebrachten Gründe, ver-

Digitized by Google

warf demzufolge die publicianische Klage aus dem zuletzt erwähnten Grunde ganz, und hielt die rei vindicatio nur insoweit aufrecht, als die letztere auf den Verjährungsbesitz gestützt wurde und verstellte diesen daher zum Beweise.

Nachdem der desfallsige Beweis aber mißlungen und Kläger demgemäß mit seiner Klage gänzlich zurückgewiesen war, erhob derselbe vor dem ersten Senate des Königlichen O.-A.-Gerichts die Berufung, welche er vorzugsweise als vorbehaltene Berufung, gegen das erste, beweisauflegende Urtheil richtete.

Bei der Beurtheilung dieser Berufung kamen vornämlich die im Eingange dieses Aufsatzes vorangestellten Rechtsfragen zur Sprache; dieselben sollen im Nachstehenden einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

Also 1. Bei der rei vindicatio überhebt der bloße Umstand, daß der verklagte Besitzer des streitigen Objects seinen Besitz vom Kläger selbst ableitet, diesen des Beweises seines Eigenthumes an dem Objecte nicht.

Man könnte auf den ersten Blick geneigt sein, anzunehmen, daß der Besitzer eines Gegenstandes, wenn er auf dessen Herausgabe mit der rei vindicatio von demjenigen belangt wird, von welchem er seinen Besitz ableitet, diesem nicht füglich das Recht, den Gegenstand mit Rechtsbestande zu übertragen, also auch nicht das Eigenthum [1]) bestreiten könne, weil er dadurch ja sich selbst jedes Recht an der Sache absprechen würde. Allein man darf hierbei nicht übersehen, daß der verklagte Besitzer eines Gegenstandes der rei vindicatio gegenüber an sich, und so lange der Kläger nicht sein Eigenthum erweislich macht, überall nicht nöthig hat, sich wegen seines Rechtes, zu besitzen, auszuweisen, daß ihn bis dahin vielmehr der bloße Besitz zur Genüge schützt. Nur wenn der Kläger seine Klage auf dasjenige Rechtsverhältniß fundirte, welches der Besitzübertragung auf den Beklagten zum Grunde liegt, wenn derselbe also nicht eine dingliche, vielmehr eine persönliche Klage, z. B. eine actio

---

[1]) Nämlich das ursprüngliche oder frühere Eigenthum: Ist dies nachgewiesen, so dauert dessen Wirksamkeit fort, bis gegenseits der Verlust nachgewiesen wird.

Savigny Obl. II. p. 145 volens.

Digitized by Google

commodati oder auch nur eine condictio sine causa wider den Besitzer erhöbe, würde der Umstand, daß der Letztere seinen Besitz vom Kläger ableitet, in Betracht kommen, um den Kläger seiner Pflicht, vorgängig sein Eigenthum nachzuweisen, zu überheben.

Auch der Gesichtspunkt, daß in dem feststehenden Umstande, wie der mit der rei vindicatio belangte Besitzer seinen Besitz vom Kläger ableitet, ein Anerkenntniß des klägerischen Eigenthums anzutreffen sei, welches einen besonderen Beweis dieses Eigenthums auf Seiten des Klägers überflüssig mache, kann den Letzteren dieses Beweises nicht überheben. Denn mit nichten liegt in jenem Umstande nothwendig ein Anerkenntniß, daß der Kläger Eigenthümer des Gegenstandes gewesen, da man ja sogar den bloßen Besitz von Jemand bekommen kann, von dem man die volle Ueberzeugung hatte, daß er Nichteigenthümer des Gegenstandes gewesen.

Mußte daher vom Gerichte die erste Frage unbedenklich verneint werden, so kam für dasselbe, da der Umstand, daß der Kläger seinerseits die fragliche Obligation zu seinem, hier fraglichen Antheile im guten Glauben acquirirt habe, bereits als erwiesen anzunehmen war, nunmehr

die 2. Frage: Kann der mit der publicianischen Klage belangete Besitzer eines Gegenstandes seinen Autoren gegenüber sich mit dem Einwand schützen, daß er selbst im guten Glauben den Gegenstand von Jenen acquirirt habe?
in Betracht.

Mit der publiciana in rem actio kann Jeder, der nur den Nachweis liefert, daß er den streitigen Gegenstand bona fide acquirirt habe, denselben einklagen, wenn er dessen Besitz verloren hat, auch wenn er sich als wirklicher Eigenthümer nicht auszuweisen vermag.

§. 4 I. de act. 4. 6. l. 1. l. 13 D. de publ. in rem actione. 6. 2.

Man soll diese Klage aber regelmäßig nur gegen solche Besitzer haben, die selbst nicht justa causa und bona fide den Gegenstand erworben haben. l. 9. §. 4. D. eod.

Dem Kläger gegenüber der den eigenen gutgläubigen Besitz nachgewiesen hat, schützt daher auf Seiten des Beklagten nicht der bloße Besitz an sich, sondern nur ein gerechtfertigter

Digitized by Google

Besitz und kommt hier also in Frage, ob den Autoren des Besitzers gegenüber von einem gerechtfertigten Besitze die Rede sein, oder ob wenigstens der Besitzer sich ihnen gegenüber auf einen solchen Besitz zur Widerlegung der Klage mit Erfolg berufen könne.

Handelt es sich hiebei um den unmittelbaren autor, so wird regelmäßig die exceptio rei venditae et traditae den Kläger schlagen, wenn der Beklagte ex justa causa in den Besitz der Sache gelangt ist; wo letzteres aber nicht der Fall ist, da fehlen dem Besitze die Requisite eines publicianischen oder Usucapions-Besitzes und da muß der Besitzer aus diesem Grunde schon dem Kläger weichen.,

Von mehr practischer Bedeutung ist aber die obige Frage für Fälle, wie den unsrigen, wo der Kläger nicht der unmittelbare Autor des Besitzers ist, wo dasjenige Rechtsgeschäft, in Folge dessen der Letztere in den Besitz des Gegenstandes gelangte, ein an sich gültiges, eine justa causa repräsentirendes sein kann, wo aber der Mangel der vollen Rechtswirkung eben dieses Geschäfts in der mangelnden Befugniß des nächsten Autors des verklagten Besitzers zu suchen ist.

Hier kann man nun folgende Gesichtspuncte für die Beantwortung der vorangestellten Frage heranziehen:

a. In dem Augenblicke, wo der verklagte Besitzer anerkennen muß, daß der unmittelbare Autor, von dem er seinem Besitz herleitet, nicht befugt gewesen, ihm den Besitz mit Rechtseffect zu übertragen — und dieser Augenblick ist da, sobald dem Verklagten nachgewiesen wird, daß sein unmittelbarer Autor ohne Recht in den Besitz des Gegenstandes gelangt ist — besitzt er nicht mehr bona fide; von diesem Augenblicke an fehlen ihm also die Bedingungen, auf Grund seines eignen Besitzes die publicianische Klage zurückzuschlagen, folglich muß er in einem Falle, wie dem unsrigen, der publicianischen Klage eines früheren gutsgläubigen Besitzers weichen.

Diesem Gesichtspuncte läßt sich aber entgegenstellen, daß die Bedingung für die Anstellung gleich wie für die Widerlegung der publicanischen Klage nicht etwa ein fortdauernd guter Glauben, sondern nur der Umstand ist, daß man bona fide et

Digitized by Google

justa causa den Besitz bekommen hat, daß also hiebei mala superveniens nicht schadet.

l. 7. §. 16 u. 17. D. h. t.

Daß dieser Einwand wider jenen Gesichtspunct völlig durchschlagen müsse, wenn man lediglich das römische Recht in Betracht zieht, läßt sich schon deshalb nicht bezweifeln, weil das römische Recht selbst für die vollendete Usucapion der mala fides superveniens keine Bedeutung einräumte.[2])

Zweifelhafter wird allerdings die Sache durch die Bestimmungen des Canon. Rechts. Denn einerseits wird die publicianische Klage demjenigen abgesprochen, qui sciens alienam possessionem adprendit, quia usucapere non poterit;

l. 7. §. 17. D. h. t. 6. 2.

es wird also der Verlust des Rechts auf jene Klage mit dem Mangel der conditio usucapiendi des Besitzenden motivirt; man könnte sonach füglich argumentiren, daß die Gesetze diese, auf den guten Glauben gestellte conditio usucapiendi allemal auch zur Bedingung für die publicianische Klage gestellt haben wollen; andererseits schließt bekanntlich das canonische Recht (cap. ult. x. de praesc.) jede Verjährung aus, bei welcher nicht während der ganzen Dauer der zur Verjährung erforderliche Zeit ununterbrochen guter Glauben auf Seiten des Verjährenden vorhanden gewesen, es erschwert also die conditio usucapiendi hinsichtlich des guten Glaubens. Sind aber die Bedingungen der Usucapion auch diejenigen für die publicianischen Klage, so muß nach heutigem Rechte auch derjenige, welcher sich der publicianischen Klage bedienen will, fortwährend im guten Glauben sein. Allein mir scheint jene Argumentation aus dem §. 17 der l. 7 cit. nicht stichhaltig zu sein. Mag immerhin dies Gesetz seine ratio in der Bedingung für die usucapio suchen, so sucht sie dieselbe doch immer nur in jener Bedingung

---

[2]) Wenn in der l. 11 §. 3 D. h. t. für einen bestimmten Fall auf die bona fides zur Zeit der Erhebung der Klage Gewicht gelegt wird, so läßt sich hieraus um so weniger eine Regel bilden, weil der Fall ganz besondere Voraussetzungen hat.

Vergl. auch Glück Com. VIII. p. 341.

Digitized by Google

wie sie damals bestand, und spricht damit noch keineswegs aus, daß die Bedingungen der usucapio auch unter allen Umständen und insbesondere, wenn solche aus beliebigen, vielleicht nur die usucapio treffenden Gründen erschwert werden sollten, Voraussetzung für die publicianische Klage sein sollen. Dem entsprechend nehmen daher auch die bewährteren Rechtslehrer an, daß die Vorschriften des römischen Rechts über die publiciana in rem actio durch die Bestimmungen des canonischen Rechts hinsichtlich der mala fides superveniens bei der Verjährung, eine Aenderung nicht erlitten haben.

Vergl. Glück l. c. p. 346. v. Vangerow Pand. §. 335, Anmerkung sub 2 d.

Es tritt hinzu, daß, wenn man an die Zulässigkeit der actio publiciana die Bedingung der fortgesetzten bona fides knüpfen wollte, dies nicht bloß im Verhältnisse des Besitzers zu seinen Autoren, sondern auch ganz allgemein einen so erheblichen Einschnitt in das Wesen der publicianischen Klage machen würde, daß das ganze Institut eine völlig veränderte Bedeutung erhalten würde. Ich führe zu dem Ende nur an, daß dann Niemand die Klage anstellen oder sich gegen dieselbe durch eignen gutgläubigen Besitz würde schützen können, dem nachzuweisen wäre, daß einer seiner Vorbesitzer den Gegenstand mit Unrecht besessen habe. Denn mit dem Augenblicke, in welchem ihm dies nachgewiesen wird, gelangt er im Zweifel zu der Ueberzeugung, daß auch sein Besitz ein rechtmäßiger nicht sei.

Es muß daher dafür gehalten werden, daß aus dem sub a aufgestellten Gesichtspunkte die Bejahung der vorliegenden, zweiten Rechtsfrage nicht zu deduciren steht.

b. Vielleicht führt aber der folgende Gesichtspunkt zu diesem Resultate:

In der l. 9. §. 4 D. de publ. act 6. 2. ist die Vorschrift enthalten, daß der gutgläubige Besitzer dann nicht gegen die actio publ. geschützt sein solle, wenn Beide, der Beklagte und der Kläger, ihr Recht an der Sache von dem nämlichen Autor ableiten, von diesem aber die Sache zuerst dem Kläger übertragen worden ist.[3]) Diese Bestimmung mag immerhin ihren

[3]) Die Gründe, warum dieses Gesetz der l. 31 §. 2 D. de act. emti vorgehen müsse, danach ohne Unterschied, ob die Tradition an beide

Digitized by Google

Grund darin haben, daß das Besitzrecht des gemeinsamen Autors bereits auf den Kläger übergegangen war, als er die traditio des nämlichen Gegenstandes an den besitzenden Beklagten vornahm, dem Autor also das Recht fehlte, die Sache noch einmal an den Beklagten zu veräußern. Man könnte daher, auf diesem Grunde fortbauend, geneigt werden, auch in andern Fällen, in welchem dem Autor das Recht fehlte, die Sache zu veräußern, demjenigen, der sich auf eine solche Veräußerung beruft, mittelst welcher er, und zwar seinerseits in gutem Glauben, die Sache acquirirt hat, die Einrede zu versagen, welche ihm der gutgläubige Besitz gegen die publicanische Klage eines früheren Besitzers gewähren soll. Allein ein solches Fortbauen auf jener bloßen ratio legis würde direct das Grundprincip der actio publiciana wieder umstoßen, nach welchem es für den publicianischen Besitz grade nicht auf das gute Recht des Veräußerers, sondern regelmäßig nur auf eine justa causa traditionis und bona fides beim Besitzerwerb auf Seiten des Acquirenten ankommen soll. Jenes Fortbauen muß daher für völlig unstattnehmig erachtet werden und man hat vielmehr in der Vorschrift der l. 9 §. 4 cit. eben nur eine Ausnahmevorschrift zu erblicken, bei welcher der Gesetzgeber, vielleicht weil hier das Rechtswidrige im Verhalten des Veräußerers besonders scharf hervortritt, von der Regel des gedachten Princips abzuweichen für gut befunden hat.

Eben weil die Vorschrift in der l. 9. §. 4 cit. als eine bloße Ausnahme aufzufassen ist, so scheint es weiter auch unzulässig, dieselbe auf den Fall zu extendiren, wo nicht für beide Litiganten der nämliche Autor in Frage ist, wo z. B. der Kläger von A. die Sache acquirirt hat, während der Beklagte sie von einem Rechtsnachfolger des A., und wenn dies auch der Kläger selbst sein sollte, acquirirt hatte. Das Gesetz spricht nur von „eodem domino“, nicht auch von dessen Autor oder Special-Rechtsnachfolger, in Beziehung auf welche ja auch wiederum

---

von dem nämlichen Autor oder von verschiedenen Autoren erfolgte, dem früheren Acquirenten ein Vorzug gebühre, finden sich u. A. bei Glück l. c. p. 357 und v. Wangerow l. c. §. 335 a. E. aufgeführt, und haben in einer entschiedenen Praxis der Gerichte Anerkennung gefunden.

Digitized by Google

völlig correcte Rechtsübergänge in der Mitte liegen können. Deshalb kann denn auch für unsern Fall, wo C das Document zunächst an den Kläger B zu dessen Antheil übertragen hätte, wo dagegen der Beklagte D dasselbe zunächst von A und dieser dasselbe von B erhalten hat, so daß C auch mittelbar der Autor des D (autor autoris) ist, das obige Gesetz keinen Einfluß äußern.

c. Dem Umstande ferner, daß in unsrem Falle die Uebertragung der Obligation jedesmal von einer auf die Obligation gesetzten Cessionsurkunde begleitet war, so daß der Beklagte D bei Acquisition der Obligation es wissen mußte, daß sein unmittelbarer Autor A dieselbe vom Kläger B und dieser von C acquirirt habe, kann für die hier in Betracht stehende Frage eben wenig eine selbstständige Bedeutung beigelegt werden. Kommt es gezeigtermaßen lediglich darauf an, ob zur Zeit der Acquisition der Urkunde durch den Beklagten D dieser im guten Glauben war, um die publicianische Klage abzuwenden, so kann ihm auch seine damalige Wissenschaft darüber, wer seine Vorbesitzer gewesen, wenn er nicht gleichzeitig wußte, daß dieselbe auf rechtswidrige Weise den Besitz verloren, nicht nachtheilig werden.

d. Am meisten geeignet, der Beantwortung der vorangestellten 2. Frage eine andere Richtung zu geben, dürfte dagegen der nachfolgende Gesichtspunkt sein, über welchen indeß von den Parteien nicht weiter controvertirt worden, ja der in der Verhandlung nicht einst berührt ist:

Lediglich bei solchen Gegenständen, welche überhaupt der Verjährung durch Usucapion unterliegen, konnte nach Römischem Rechte von der actio publiciana bezw. dem Rechte die Rede sein, auf Grund des eignen gutgläubigen Besitzes die publicianische Klage eines früheren Besitzers abzuwehren. Es heißt in l. 9. §. 5. h. t. 6. 2. ausdrücklich: haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet; eine gleiche Vorschrift enthält die l. 12. §. 4. D. eod. in Beziehung auf Gegenstände, deren Veräußerung verboten ist.[4])

[4]) Ueber die Zweifel in Beziehung auf diese an sich deutlichen Gesetze, welche insonderheit durch die l. 12. §. 2. D. eod. hervorgerufen sind, vergl. von Vangerow. Pand. §. 335 Anmerk. sub 2 b.

Digitized by Google

Wenn nun weiter im §. 3. Inst. de usuc. II. 6, nachdem vorher erklärt worden, daß nicht bloß dem Diebe selbst, sondern auch demjenigen, welcher die gestohlenen Sachen im guten Glauben vom Diebe gekauft habe, verwehrt sein solle, dieselben zu usucapiren, — vorgeschrieben wird: unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum ejus committit, — so erscheint es consequent, daß man demjenigen, welcher eine bewegliche Sache, immerhin im guten Glauben, von einem Besitzer, welcher weiß, daß ihm die Sache nicht gehört, acquirirt hat, weder die publicianische Klage zur Verfolgung der Sache, noch das Recht einräumen kann, sich zum Schutze wider eine gegen ihn erhobene Klage auf seinen gutgläubigen Besitz zu berufen.[5])

Zwar liegt es auf der Hand, daß diese Vorschrift das Gebiet der actio publiciana und dasjenige der Vertheidigung wider eine solche mit Hülfe eines eignen Usucapionsbesitzes, ganz erheblich einengen muß. Allein die Gesetze sind an sich ebenso klar, als die Abstractionen aus denselben folgerecht. Daß insbesondere der §. 3 cit. nicht etwa eine Bestimmung sei, die sich ohne genügende Berücksichtigung des Umstandes, daß sie mit anderen Bestimmungen in Widerspruch trete, in das corpus juris eingeschlichen, sondern daß ihr Zweck grade sei, jene Bestimmungen zu beschänken, geht aus dem Inhalte der folgenden §§. ibid. hervor, indem nicht bloß im §. 7, als Gegensatz von der Vorschrift des §. 3, ausdrücklich vorgeschrieben wird, daß bei unbeweglichen Sachen allemal der gutgläubige Acquirent dieselben solle usucapiren können, selbst wenn der Veräußerer wußte, daß es sich um ein ihm nicht gehöriges Object handle, sondern auch in den §§. 4 und 5 einzelne Beispiele hervorgehoben werden, wo auch bei beweglichen Sachen, weil der unberechtigte Veräußerer nicht die Ueberzeugung seines Unrechts hatte, die Eigenschaft einer res furtiva wegfallen und daher deren Usucapionsfähigkeit in der Hand des Acquirenten eintreten müsse. Diese Fälle sind: wenn der Erbe eine, beim Erblasser deponirte oder

[5]) Vgl. Glück. Com. VIII. p. 336.

Digitized by Google

demselben vermiethete oder geliehene Sache, im Glauben, sie gehöre zum Nachlasse, an einen gutgläubigen Acquirenten veräußert, oder wenn Jemand der den Nießbrauch von einer Sclavin hat, deren Kind, im Glauben, es gehöre ihm, einem gutgläubigen Acquirenten verkauft hat, furtum enim sine affectu furandi non committitur.[6])

Wendet man nun diese Vorschrift auf den vorangeschickten Rechtsfall an, und nimmt als factisch feststehend an, daß der Beklagte D die streitige Obligation, die zweifelsohne zu den beweglichen Sachen zu rechnen ist, da hier ja nur das Papier als solches, nicht auch das durch dasselbe repräsentirte dingliche Recht an einem Immobile in Frage steht, — von A zu der betreffenden Hälfte kaufte, und daß diesem nicht bloß keinerlei Dispositionsrecht über diese Hälfte zustand, sondern daß er auch hiervon überzeugt sein mußte; so wird man dem D die Befugniß abstreiten müssen, die wohl begründete publicianische Klage des B auf Rückgabe der fraglichen Hälfte der Obligation durch den Einwand zu beseitigen, daß er dieselbe seinerseits in gutem Glauben acquirirt habe; denn diese Hälfte der Obligation ist rechtlich als res furtiva anzusehen und war keines Usucapionsbesitzes fähig.

Ich habe aber schon bemerkt, daß dieser Gesichtspunkt von keiner Seite herangezogen wurde; es war daher für das Gericht bedenklich, ex officio darauf Rücksicht zu nehmen, da ihm darüber Genügendes nicht vorgeführt war, in welcher Maße der Verkäufer A selbst von der Unrechtmäßigkeit seiner Handlungsweise bei Vornahme des Verkaufs der ganzen Obligation an D überzeugt gewesen, in wie weit folglich der Obligation in der Hand des D die Eigenschaft einer res furtiva beiwohne oder nicht. Das Gericht war demgemäß nicht in der Lage, aus diesem Gesichtspunkte die publicianische Klage aufrecht zu erhalten, mußte dieselbe vielmehr aus allen hier gedenkbaren

---

[6]) Dennoch bleibt es immer auffallend, daß andere Gesetze, z. B. l. 7. §. 11. eod. ganz allgemein und ohne für bewegliche Sachen eine Ausnahme zu machen, vorschreiben, daß zur Usucapion der gute Glauben des Acquirenten bei der Acquisition genügen solle, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war und in argl istiger Weise veräußerte.

Digitized by Google

Gesichtpunkten verwerfen und war folgeweise genöthigt, auch die 3. Frage in Erwägung zu nehmen:

Ob nicht in der Ausstellung der Obligation oder doch in deren Uebergabe ein Moment anzutreffen sei, um den Kläger als Eigenthümer der Obligation annehmen zu können?

Die Bestimmungen der l. 9. §. 1 u. 2. D. de aquir. rer. dom. 41, 1. darnach derjenige, welches ein Gemälde auf fremdes Papier malt, Eigenthümer des Papiers werden soll, wogegen derjenige, welcher ein fremdes Papier mit einem Gedichte, einer Rede oder Geschichte beschreibt, das fragliche Papier nicht erwerben, sondern wegen seiner Schrift nur einen Anspruch auf Schadenersatz wider den Eigenthümer des Papiers erlangen soll, sind bekannt und völlig klar.

Es ist aber auch bekannt, wie wenig diese Bestimmungen auf s. g. Werthpapiere zur Anwendung gebracht werden. In der so reichhaltigen Litteratur über die Vindicabilität der Inhaberpapiere machen jene Bestimmungen gar wenig Schwierigkeiten.

Savigny im Oblig.-Recht Bd. 2. S. 145 u. 146 hält für die Vindication der Urkunde ohne Weiteres den Beweis des Eigenthums an der Letzteren für erbracht, wenn erweislich gemacht wird, daß dem Vindicanten dieselbe vom Aussteller, zum Beweise des Schuldverhältnisses, eingehändigt sei. Ob der Aussteller Eigenthümer des Papiers gewesen, das macht ihm keine Schwierigkeit. Ebenso behandelt Kunze über Inhaberpapiere p. 677 diese Frage.

Unger, über Inhaberpapiere, p. 137. Nr. 2. hat freilich die Vorschrift der l. 9 cit. vor Augen, er stellt aber damit den Satz auf, daß derjenige, welcher aus dem Papiere das Recht der Forderung habe, auch das Recht auf das Papier haben müsse, weil ihm gegen denjenigen, der aus dem Eigenthume an dem werthlosen Stück Papiere Ansprüche erheben wollte, die Einrede des dolus zustehen müsse, und verlangt deshalb für die Klage auf Ausantwortung des Papieres, die er denn auch nicht als eine wirkliche rei vindicatio, sondern mehr als eine persönliche Klage (in rem scripta) characterisirt, keinen besonderen Eigenthumsbeweis, sondern nur den Beweis des Forderungsrechts.

Mit ihm stimmt, wenn auch mit etwas abweichender Be-

Digitized by Google

gründung, Jolly im Archiv für Wechsel-Recht Bd. IV. Abs. 1 §. 6, überein.

Auch Thöl nähert sich ihm, wenn er, und zwar nicht bloß für Inhaberpapiere, den Forderungsberechtigten ohne Weiteres für den Eigenthümer der Urkunde erklärt.

Thöl, Handels-Recht 4. Aufl. p. 312 Note 2.

Ob man mit Hülfe dieser Theorien in der That über die alte gute Vorschrift des Röm. Rechts hinwegkommen könne, das ist mir recht zweifelhaft, so viel aber ist gewiß, daß man die practische Bedeutung der Letzteren für Werthpapiere nicht mehr respectirt und zwar mit Gründen, welche ebenso gut auf Namenobligationen, insbesondere wenn deren Besitz zur Geltendmachung der Forderung unerläßlich ist, als auf Inhaberpapiere zutreffen. Gestützt auf diese verallgemeinerte Ansicht der Rechtslehrer hielt man bei Berathung unseres Rechtsfalls daher auch für die Klage auf Herausgabe der fraglichen Urkunde auf Seiten des Klägers den Beweis des wirklichen Eigenthums an den Papieren, auf dem die Schuldurkunde geschrieben stand, nicht für unbedingt erforderlich, vielmehr schon für genügend, daß der Kläger die Urkunde erweislich aus den Händen des Ausstellers empfangen habe.

Jeden Zweifel aber, ob man dem Kläger im vorliegenden Falle wohl eines weiteren Beweises des wirklichen Eigenthums überheben dürfe, glaubte man unterordnen zu können, weil man glaubte, aus folgendem, für völlig zweifellos befundenen Gesichtspuncte zu dem nämlichen Resultate gelangen zu müssen:

Das fragliche Schuldocument war von dem preußischen Gerichte zu X. aufgenommen, auf Stempelpapier ausgefertigt, dem Schuldner gegen Erlegung der Gerichts- und Stempel-Gebühr ausgehändigt und von diesem wiederum für beide Gläubiger dem A. übergeben, und von diesem für sich und für B. angenommen. Man glaubte nun, in der Ueberlassung des, zumal auf Stempelpapier geschriebenen Schriftstückes eine Veräußerung desselben von Seiten des fiscus erblicken zu dürfen, welche bekanntlich nach §. 13 I. de usuc. 2. 6. so wie nach der, im Wesentlichen hiermit übereinstimmenden Vorschrift des preuß. Landrechts im Th. I. tit. XIV §. 304 und tit. XV. §. 42, den Acquirenten ohne Weiteres zum Eigenthümer des

Digitized by Google

äußerten Gegenstandes macht, selbst wenn der fiscus nicht cher Eigenthümer desselben war.

Allerdings ließe sich in Zweifel ziehn, ob auch dem Ge- e Rechte des fiscus einzuräumen sein. Allein wenn ksichtigt, daß der Vertrieb des Stempelpapiers so wie ng der Gerichtsgebühren eine rein fiscalische Maß- läßt es sich nicht in Abrede stellen, daß, indem das gegen diese Abgaben die Ausfertigung vornahm ldner das Document überließ, dasselbe die Rechte nahm und sich wie eine statio fisci verhielt, as Document insofern als ein Gegenstand zu ist, den der fiscus gegen ein Entgeld dem Schuldner zum Eigenthum überließ, welcher Umstand dem Kläger, der die Acquisition des Documents vom Schuldner weiter nachgewiesen hatte, jedes weiteren Eigenthums-Beweises überheben mußte.

Aus diesem Gesichtspunkten ließ daher Sen. 1. das Königl. O.-A.-Gerichts die Klage auf Ausanwortung der Obligation zur fraglichen Hälfte, und zwar als rei vindicatio, ohne wei- teren Beweis zu.

---

5. Ist durch das heimliche Verlassen eines Wirthshauses ohne die daselbst contrahirte Verbindlichkeit erfüllt zu haben das Verbrechen des Betruges indicirt?

Vom Herrn Auditor Wedemeyer in Hameln.

Das Verbrechen des Betruges nach den Bestimmungen unseres Crimminalgesetzbuches, analog den Bestimmungen der Strafgesetzbücher anderer Staaten und den in Gemäßheit des crimen falsi und des stellionatus in Verbindung mit den einzelnen Fällen der Fälschung in der C. C. C. darüber gelten- den gemeinrechtlichen Theorien, erfordert zu seinem Thatbestande eine auf die Täuschung anderer gerichtete Handlung, entweder negativ eine Vorenthaltung wahrer Thatsachen, oder positiv die thätige Mittheilung falscher Thatsachen.

Da nun aber weder eine allgemeine Rechtspflicht existirt, die Wahrheit zu sagen, noch die Gesetze jede Mittheilung falscher

Digitized by Google

Thatsachen mit Strafe bedrohen, auf der anderen Seite bei der zahllosen Mannichfaltigkeit der Fälle es für den Gesetzgeber nicht möglich ist, eine Codification sämmtlicher strafbarer betrügerischer Handlungen vorzunehmen, so erscheint es erklärlich, daß bei der Beurtheilung der Frage, ob im concreten Falle ein strafbarer Betrug oder eine nicht strafbare Uebervortheilung, eine nur civilrechtliche Entschädigung begründende Täuschung vorliege, ein gewisses Schwanken in Theorie und Praxis unvermeidlich und daß ein einschneidendes Princip hier wohl nicht aufzustellen ist.

Aus dieser Erwägung dürfte sich eine kurze Betrachtung der angeregten Frage rechtfertigen.

Mit der Beantwortung zweier Fragen wird sich diese Betrachtung beschäftigen müssen. Einmal wird zu untersuchen sein, welcher Schluß auf die Willensrichtung der betreffenden Person aus der heimlichen Entfernung zu entnehmen ist, und sodann, ob nach Contastirung dieser Willensrichtung aus den angegebenen Thatsachen die Existenz eines Betruges erweislich erscheint.

Es wird sich indessen empfehlen die letztere Frage vorab zu behandeln, und hierbei vorläufig als bewiesen anzunehmen, daß die heimliche Entfernung den Zweck haben solle, sich der schuldigen Gegenleistung an den Wirth zu entziehen.

Der Gast, welcher sich in dem Wirthshause Speisen oder Getränke verabreichen läßt, schließt mit dem Wirthe ein zweiseitiges Geschäft, einen Kauf ab.

Entzieht er sich hiernach durch heimliche Entfernung der ihm obliegenden Gegenleistung, so deutet zunächst die Natur des voraufgegangenen Vertrages darauf hin, die Lösung der strafrechtlichen Frage in den Bestimmungen des §. 312 des Cr.-G.-B. zu suchen. Allein aus dem angezogenen Paragraphen wird sich eine Strafbestimmung für den concreten Fall wohl nicht herleiten lassen. Jeder Contrahent ist zwar zu der Erwartung berechtigt, daß der andere seine schuldige Gegenleistung erfülle, aber in der bloßen Nichterfüllung treten irgend welche criminalrechtliche Momente nicht hervor. Der flüchtige Schuldner steht in dieser Beziehung auf einer Stufe mit dem insolventen.

Sofern nicht anderweitige Umstände concurriren, kann eine strafrechtliche Verfolgung des flüchtigen Schuldner nicht ein-

Digitized by Google

treten; die Bestimmung, daß den Gläubiger, welcher den flüchtigen Schuldner mit Gewalt die ihm schuldige Leistung abnimmt, die angedrohten Nachtheile des decretum divi Marci nicht treffen, trägt lediglich einen privatrechtlichen Character an sich.

Erscheint hiernach eine Subsumtion des angeregten Falles unter dem §. 312 als nicht zulässig, so ergiebt auch die oberflächliche Betrachtung des §. 308, welcher die allgemeine Definition des Betruges enthält, keine Anhaltspuncte, um die gegebenen Thatsachen dieser Definition anzupassen.

Eine rechtswidrige Täuschung durch Erzeugung eines Irrthums oder durch rechtswidrige Vorenthaltung oder Unterdrückung der Wahrheit scheint nicht vorzuliegen. Die bloße Empfangnahme der geforderten Speisen und Getränke, und hiernach die heimliche Entfernung um der Zahlung derselben sich zu entziehen, deutet ohne Weiteres auf eine rechtswidrige Täuschung nicht hin, und ebensowenig kann es als eine Rechtspflicht angesehen werden, den Wirth von seiner Insolvenz vorher in Kenntniß zu setzen.

Von dem oben angedeuteten Umstande ausgehend, daß der Gast mit dem Wirthe einen Kaufcontract abgeschlossen hat, wird sich indessen auch in den gegebenen Thatsachen das Dasein eines nach den Bestimmungen des §. 308 strafbaren Betruges nachweisen lassen.

Das badische Gesetzbuch enthält in dem §. 450 die Bestimmung, daß die Strafe des Betruges Platz greifen solle, wenn der eine Theil die Eingehung des Vertrages nur als ein Täuschungsmittel gebraucht hat, bei einseitigen Verträgen, um sich den Vertragsgegenstand mit Beschädigung des Anderen, und bei doppelseitigen Verträgen, um sich die in der bedungenen Leistung des Anderen bestehenden Vortheile ohne die bedungene Gegenleistung betrüglich anzueignen, und solche Zuneigung wirklich erfolgt ist.

Betrügliche Handlungen bei Verträgen in Gemäßheit des §. 312 des hannoverschen Criminal-Gesetzbuches sind in den Bereich des betreffenden Paragraphen des badischen Gesetzbuches nicht mit hineinzuziehen. Dort existirt wirklich auf beiden Seiten der Contrahenten ein ernstlicher Vertragswille, nur bei

Digitized by Google

der Ausführung des Vertrages treten die betrügerischen Handlungen hervor und erscheinen sichtbar in dem Vertragsobjecte.

Dort wird die Aufmerksamkeit des Criminalrichters wesentlich auf die Natur und den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages gerichtet sein müssen.

Hier dagegen beabsichtigt der eine Contrahent gar nicht einen ernsthaften Vertrag abzuschließen. Die Untersuchung wird hier nicht darauf principaliter gerichtet sein, was für ein Vertrag vorliegt, sondern ob überhaupt ein Vertrag abgeschlossen ist, und ob auf Seiten des einen Contrahenten die Absicht vorhanden ist, diesen Abschluß eines Scheingeschäfts zur Erlangung eines betrüglichen Vortheils zu benutzen.

Es liegt auf der Hand, daß dieser Paragraph des badischen Gesetzbuches nur eine einzelne Klasse betrügerischer Handlungen bezeichnet, welche auch den allgemeinen Bestimmungen des §. 308 des Hannoverschen Cr.-G.-B. zu unterwerfen sind Die rechtswidrige Täuschung ist mit dem Abschlusse eines Scheingeschäfts gegeben, nachdem der eine Contrahent zuvor in dem Anderen die Erwartung erregt, es handele sich hier um den ernstlichen Abschluß eines Geschäfts. Vollendet und zum Abschluß gebracht wird der Betrug, sobald der Täuschende den beabsichtigten Vortheil aus dem Scheinvertrage sich verschafft hat.

Von diesem Gesichtspunkte aus wird sich meines Erachtens auch die Beantwortung der angeregten Frage ergeben.

Aus der oben angestellten und weiter unten zu begründenden Voraussetzung, daß die heimliche Entfernung des Gastes auch die Absicht desselben constatire, nicht zu bezahlen, rechtfertigt sich die fernere Annahme, daß der Gast mit dem Wirthe überhaupt keinen ernsthaften Vertrag hat abschließen wollen, sondern nur den Abschluß eines solchen Geschäfts zum Schein vorgenommen hat, um sich die Leistung von Seiten des Wirths zu verschaffen. Auf Grund des abgeschlossenen Vertrages, den für einen Scheinvertrag zu halten, der Wirth selbst als diligentissimus paterfamilias keine Veranlassung hatte, und den der Gast hervorgerufen und als Täuschungsmittel benutzt hatte, hat der Wirth seine Leistung, den criminalrechtlichen Nachtheil, an den Gast beschafft. Somit ist die zum Thatbestande eines Betruges in Gemäßheit des §. 308 des Cr.-G.-B. erforderliche

Digitized by Google

rechtswidrige Täuschung zum Nachtheil der Rechte eines Anderen gegeben.

Eine weitere Begründung dürfte diese Ansicht durch nachfolgende Betrachtung finden:

Die rechtswidrige Täuschung des Betruges läßt sich in zwei Momente zerlegen, in das Täuschungsmittel und den dadurch hervorgerufenen Irrthum; beide zusammen constatiren den dolus, müssen deshalb in genauem Zusammenhange stehen, und wie das Täuschungsmittel auf den Irrthum, so muß auch umgekehrt der Irrthum auf das angewendete Täuschungsmittel schließen lassen.

Eine Person kehrt in ein Wirthshaus ein und giebt sich dort für den Reisenden eines bestimmten Handlungshauses aus, wissend, daß Reisende aus diesem Hause bei dem Wirthe zu creditiren pflegen, läßt sich Speisen und Getränke geben und entfernt sich sodann heimlich; daneben stelle ich den ganz gleichen Fall mit der einzigen Modification, daß eine derartige Begünstigung von Seiten des Wirths hinsichtlich des Creditirens nicht stattfindet, und daß der Betrüger von diesem Umstande unterrichtet ist.

In beiden Fällen treten hier eine Anzahl gleicher criminalrechtlicher Momente hervor, in beiden Fällen ist die Absicht des Betrügers in der oben angegebenen Weise bestimmt, in beiden Fällen concurriren zwei täuschende Handlungen, die falsche Angabe des Namens und der Abschluß des Scheingeschäftes, in beiden Fällen entzieht sich außerdem der Betrüger seiner Verbindlichkeit durch die Flucht. Es fragt sich worin die Verschiedenheit dieser beiden Fälle hervortritt, und dürfte sich meines Erachtens die Frage dadurch erledigen, wenn wir die einzelnen Thatsachen in ihrer zeitlichen Reihefolge ins Auge fassen, wenn wir von der ersten täuschenden Handlung an soweit gehen, bis irgend eine folgende Handlung das Glied der Kette schließt, bis es möglich wird, aus der Gesammtheit der einzelnen Thatsachen, die bis zu einem bestimmten Zeitpuncte fortlaufen, den Thatbestand des Betruges zu construiren. Sobald diese Construction ermöglicht wird, werden die folgenden Handlungen zur Bestimmung des Thatbestandes nicht mehr erforderlich sein.

Von der hier überall nothwendigen Voraussetzung aus-

Digitized by Google

gehend, daß die Absicht der betreffenden Person es war, den Wirth nicht zu bezahlen, wird sogleich mit der ersten Handlung des ersten Falles der Thatbestand des Betruges gegeben. Ob der Gast mit dem Wirthe ein Scheingeschäft abgeschlossen, ob er sich später heimlich entfernt, kommt nicht mehr in Frage. Für den Richter wird die erwiesene Absicht des Nichtzahlen-Wollens und die falsche Angabe des Namens genügende Anhaltspunkte bieten, um aus ihnen den Thatbestand eines Betruges abzuleiten. Die Feststellung des Thatbestandes ist mit der Constatirung der ersten betrügerischen Handlung abgeschlossen.

Anders wird sich die Beurtheilung des zweiten Falles gestalten. Die falsche Angabe des Namens ist hier offenbar irrelevant, sie ist eine einfache Lüge, aus der der Gast sich keinen Vortheil verschaffen kann. Es wird jetzt erforderlich sein auf das abgeschlossene Scheingeschäft weiter zu greifen und erst jetzt sind wir in den Stand gesetzt, von dem Dasein eines Betruges zu sprechen. Die falsche Angabe des Namens, die im ersten Falle das Täuschungsmittel bildete, kommt hier nicht in Frage, hier ist das Täuschungsmittel der Abschluß des Scheingeschäfts. In jenem Falle besteht der criminalrechtliche Irrthum, in dem der Wirth befangen war, darin, daß er glaubte, mit einer bestimmten Person ein Geschäft abzuschließen, in diesem, daß er glaubte, überhaupt mit einer beliebigen Person ein ernsthaftes Geschäft abzuschließen. Während in jenem Falle die heimliche Entfernung des Gastes nur ein einzelnes Beweismoment darüber zu bilden vermochte, ob der Gast in der That die Absicht zu zahlen nicht hatte, diese Absicht bei einem etwa stattgefundenen Creditiren aber auch sehr wohl auf eine andere Weise darzulegen war, bietet hier die heimliche Entfernung ein doppeltes Interesse dar; einmal giebt sie, wie in jenem Falle den Beweis, daß der Gast nicht zahlen wolle, sodann aber auch, und dies wird hier von besonderer Wichtigkeit sein, läßt sie darauf schließen, daß die Absicht des Gastes auf den Abschluß eines ernsthaften Geschäftes nicht gerichtet war; für den ersten Fall war, dieser Umstand irrelevant, für diesen Fall ermöglicht er aber erst die Annahme eines strafbaren Betruges.

Dieser Hinblick auf den innigen Zusammenhang zwischen Täuschungsmittel und dem dadurch hervorgerufenen Irrthum

Digitized by Google

legt auch, meines Erachtens, die von der aufgestellten Anbweichende Beurtheilung des vorliegenden Falles.

s giebt eine Anzahl von Verkehrsverhältnissen, sagen die er der abweichenden Ansicht, wobei nach der allgemeinen schauung Leistung und Gegenleistung Zug um Zug wird. Der Gast, welcher in ein Wirthshaus einkehrt, annte Käufer, welcher in einen Laden tritt, erregt in Wirthe und Kaufmanne die Erwartung, daß er das Empfangene sofort resp. bei seiner Abreise bezahlen werde. Entzieht er sich seiner Gegenleistung heimlich, so hat er diese Erwartung getäuscht, und ist die Annahme gerechtfertigt, daß er die empfangene Leistung sich betrügerischer Weise habe aneignen wollen. Der Irrthum also, worauf es hier ankommt, soll der sein, daß sofortige Zahlung erwartet wird. Ich glaube indessen nicht, daß dies allein genügen würde, den Thatbestand des Betruges streng und folgerecht aufzustellen.

Dem kann man unbedingt beistimmen, daß der Irrthum des Wirths und Kaufmanns ebenfalls darin bestanden, daß die schuldige Gegenleistung sofort geliefert werde, und daß er nach der allgemeinen Rechtsanschauung zu dieser Erwartung berechtigt war; wenn aber meiner Ansicht nach das Täuschungsmittel und der dadurch hervorgerufene Irrthum, beide zusammen, die rechtswidrige Täuschung bilden, wenn beide in gegenseitiger Wechselbeziehung zu einander stehen, und wenn sich der Irrthum aus dem Täuschungsmittel, so auch umgekehrt das Täuschungsmittel aus dem Irrthume ergeben muß, so scheinen mir diese Erfordernisse in den gegnerischen Deductionen nicht gegeben zu sein.

Wenn wir nun fragen, wodurch wurde in dem zu widerlegenden Falle der Gast und der Kaufmann getäuscht, wie erzeugte der Betrüger diesen Irrthum? so kann die Antwort zunächst nur dahin gehen, daß der Abschluß eines Scheingeschäfts das einzige Täuschungsmittel war.

Die irrthümlichen Anschauungen, welche hieraus auf Seiten des Wirths erstanden, können allerdings mancherlei Art sein, der einzige Irrthum, der aber unmittelbar mit dem Täuschungsmittel in Verbindung steht, ist einzig und allein die falsche Ansicht von der Ernsthaftigkeit des abgeschlossenen Ge-

Digitized by Google

schäftes, diese fügt sich mit dem Täuschungsmittel sofort zu der rechtswidrigen Täuschung zusammen, alles Andere können nur Folgerungen aus diesem Irrthum sein, kommen aber, da die rechtswidrige Täuschung schon vollkommen existent ist, nicht weiter in Frage.

Wenn sich nun nach der voraufgegangenen Untersuchung ergeben hat:

Vorausgesetzt, daß der einkehrende Gast die Absicht gehabt hat, die Zahlung dem Wirthe nicht zu leisten, so wird der Thatbestand des Betruges durch den Abschluß eines Scheinvertrages mit dem Wirthe gegeben,

so fragt es sich weiter, ob die heimliche Entfernung aus dem Wirthshause diese Absicht geradezu manifestirt, ob ohne Concurrenz anderweitiger Momente der Richter aus diesem Umstande allein die betrügerische Absicht auf den Abschluß eines Scheinvertrages herleiten darf.

Ich glaube kein Bedenken tragen zu dürfen, diese Frage unbedingt zu bejahen.

Es ist oben bei einer anderen Gelegenheit hervorgehoben worden, daß bei einer gewissen Anzahl einzelner Verkehrsverhältnisse nach allgemeiner Rechtsanschauung Leistung und Gegenleistung Zug um Zug erfolgen muß. Diese allgemeine Rechtsanschauung finden wir auch ohne Zweifel bei dem Verhältnisse zwischen Wirth und Gast. Regelmäßig erwartet der Wirth von seinem Gaste die Zahlung bei der Abreise des letzteren, und regelmäßig läßt sich annehmen, daß dieser Erwartung die entsprechende Absicht auf Seiten des Gastes correspondirt. Tritt demgemäß der Gast durch seine heimliche Entfernung mit der allgemeinen Rechtsanschauung in Widerspruch, so kann es gewiß nicht getadelt werden, wenn dieser heimlichen Entfernung auch die Absicht untergelegt wird, sich überhaupt der schuldigen Zahlung zu entziehen.

Dadurch wird allerdings nicht ausgeschlossen, daß Umstände concurriren können, welche diese rechtswidrige Absicht ausschließen. Z. B. kann der einkehrende Gast nach Empfang der Zeche sein Geld verspielt haben, und veranlaßt ihn dieser Zustand seiner augenblicklichen Insolvenz zu der heimlichen Entfernung, jedoch mit der nachweisbaren Absicht seine Schuld nachträglich

Digitized by Google

zu berichtigen. Dies ist indessen eine Ausnahme von der Regel, und muß wie jeder anderweitige Umstand in Erwägung gezogen werden, welcher eine zum Thatbestande des Verbrechens erforderliche rechtswidrige Absicht ausnahmsweise als nicht vorhanden erscheinen läßt.

Als Resultat würden sich darnach die Sätze ergeben:

Die heimliche Entfernung aus einem Gasthause ohne Berichtigung der daselbst contrahirten Verbindlichkeit, begründet regelmäßig die Annahme, daß die betreffende Person überhaupt nicht habe bezahlen wollen, sobald aber diese Absicht feststeht, ergiebt sich die weitere Folgerung daraus, daß der Vertrag mit dem Wirthe, auf Grund dessen dieser die Speisen ꝛc. dem Gaste verabfolgte, auf Seiten des letzteren nur zum Scheine abgeschlossen war, um sich die Leistung des Wirths zu verschaffen, und endlich, daß mit dem Abschlusse dieses Vertrages die zum Thatbestande des Betruges erforderliche rechtswidrige Täuschung in Gemäßheit des §. 308 des Cr. G. B. gegeben ist.

---

6. Beiträge zur Lehre von der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen eines Schuldners, dem Vertheilungsverfahren ohne Concurs und dem Concursverfahren.

Vom Herrn Amtsrichter König zu Hannover.

I. Zum §. 599 der b. P.-O. Kosten des Zwangsvollstreckungs- und Vertheilungsverfahrens, die bei der Vertheilung vorabzunehmen sind.

Der §. 599 der b. P.-O. enthält die Vorschrift, daß im Vertheilungsverfahren ohne Concurs die Kosten des Zwangsvollstreckungs- und Vertheilungsverfahrens bei der Vertheilung vorabzunehmen und das Uebrige prioritätsmäßig unter die betreffenden Gläubiger zu vertheilen ist.

Es wird diese Bestimmung vielfach dahin aufgefaßt, daß zu diesem vorabzunehmenden Kosten außer den von der Partei vorschüssig in Gemäßheit des §. 544 bestrittenen Gerichtskosten und Auslagen auch die Parteikosten des die

Digitized by Google

Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers, namentlich die Anwaltsgebühren gehören, solche also ohne Weiteres mit vorabzunehmen und aus dem Erlöse des subhastirten Grundstücks auch in dem Falle zu berichtigen seien: wenn die Hauptforderung selbst, zu deren Beitreibung die Kosten erwachsen, prioritätsmäßig mit Rücksicht auf den Betrag des zur Vertheilung stehenden Erlöses nicht zur Befriedigung gelange, mit andern Worten: daß diese Kosten gleichsam als Masseschulden zu berichtigen seien.

Namentlich pflegt diese Ansicht beim Amtsgerichte Hannover, bei welchem die nothwendigen Subhastationen regelmäßig unter Mitwirkung von Anwälten betrieben worden, von letztern geltend gemacht zu werden.

Die allgemeinen Vorschriften des §. 53 der Geb.-Taxe, wonach Gebühren, die Parteien ihren Vertretern und Rechtsbeiständen nach der gesetzlichen Taxe zu zahlen haben, von der zur Erstattung der Kosten verurtheilten Gegenpartei jenen zu ersetzen sind, und des §. 544 der b. P.-O., wonach die Kosten des Zwangsvollstreckungsverfahrens dem Schuldner zur Last fallen und von demselben mit einzuziehen sind, sind nicht entscheidend, da die hier in Betracht kommende Frage: an welcher Stelle jene Kosten zur Berichtigung zu gelangen haben, durch jene Bestimmungen überall nicht berührt wird.

Es erscheint vielmehr diese Frage von der Beantwortung der fernern Frage abhängig:

Ist die Mitwirkung des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers beim Subhastationsverfahren eine wesentliche und nothwendige derart, daß dadurch die Thätigkeit des Subhastationsgerichts bei Vornahme der einzelnen Acte bedingt wird, daß ohne solche Mitwirkung das Subhastationsverfahren nicht durchgeführt, der Zweck desselben nicht erreicht werden kann?

Wenn diese Frage zu bejahen ist, so wird sich nichts Wesentliches dagegen einwenden lassen, daß die Parteikosten, als zu den „Kosten des Zwangsvollstreckungs- und Vertheilungsverfahrens" gehörig, gleichsam als Masseschulden — analog den im Concursverfahren neben den eigentlichen Gerichtskosten vorabzuberichtigenden Gebühren des Concurs-Curators — mit den

Digitized by Google

Gerichtsgebühren und Auslagen vorabgenommen werden; andernfalls dürfte ein hinlänglicher Grund nicht vorhanden sein, den Worten des Gesetzes diese weitere Bedeutung zu vindiciren.

Die oben aufgeworfene Frage wird vielfach bejaht; man behauptet namentlich, daß beim etwaigen Entbleiben des Gläubigers im Subhastationstermine das Gericht nicht in der Lage sei, das Grundstück zum Aufgebot zu bringen, daß für die Zuschlagsertheilung der betreffende Antrag des Gläubigers eine nothwendige Vorbedingung sei, ja daß der Gläubiger selbst — nicht das Subhastationsgericht — zur Ertheilung des Zuschlags ausschließlich befugt sei.

cfr. Erörterung unten sub II.

Meines Dafürhaltens findet diese Ansicht in den Gesetzen keine Begründung; vielmehr scheinen überwiegende Gründe dafür zu sprechen, die aufgeworfene Frage zu verneinen.

Die gegentheilige Ansicht wurzelt vorzugsweise in der ungerechtfertigten Anwendung der s. g. Verhandlungsmaxime auf das Zwangsvollstreckungsverfahren. In Anwendung der im zweiten Theile der b. P.-O. für das eigentliche Proceßverfahren gegebenen allgemeinen Vorschriften, beispielsweise der Vorschrifen über Aussetzung des Verfahrens — §. 168 Nr. 2 — kann man allerdings zu solchem Resultate kommen.

Es wird dabei aber außer Acht gelassen, daß das in den ersten vier Theilen der b. P.-O. geregelte eigentliche Proceß- (Partei) verfahren bereits seinen Abschluß erhalten hat, ehe das Zwangsvollstreckungsverfahren seinen Anfang nimmt, daß hier ein Parteiverfahren im Sinne der ersten vier Theile der b. P.-O. überall nicht vorliegt, vielmehr lediglich die Realisirung des durch das rechtskräftige Endurtheil erstrittenen Anspruchs in Frage steht. Dieses im fünften Theile der b. P.-O. selbständig geregelte Verfahren ist durch §. 531 den Gerichtsvögten als öffentlichen Executionsbeamten überwiesen; der vom Gläubiger beauftragte Gerichtsvogt ist nach §. 532 ermächtigt, die ganze Zwangsvollstreckung vorzunehmen und zu Ende zu führen; selbst der richterlichen Mitwirkung bedarf es dabei nur in den ausdrücklich vom Gesetze vorgesehenen Fällen.

Eine solche richterliche Mitwirkung ist insbesondere vorge-

Digitized by Google

schrieben, wenn es sich um die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Schuldners handelt. §. 557.

Der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Gerichtsvogt — daß statt seiner auch dem Gläubiger selbst es freigestellt ist, direct den Antrag zu stellen, ändert an der rechtlichen Lage nichts — hat die Regulirung und Leitung dieser Executionsart, so wie die Vornahme der Subhastation bei dem zuständigen Amtsgerichte zu beantragen. §. 557 alin. 2. — Durch solchen Antrag wird das Gericht zur Einleitung, Fortführung und Durchführung des Subhastationsverfahrens competent; es wird dadurch so berechtigt wie verpflichtet, von Amtswegen nach Maßgabe der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen, unabhängig von weiteren Anträgen, mit den einzelnen Acten der Subhastation vorzuschreiten, bis etwa durch den selbstverständlich zu jeder Zeit zulässigen Verzicht des Gläubigers auf Fortsetzung der Execution, oder auch durch Seitens des Schuldners oder dritter Personen in Gemäßheit der §§. 574 flgde. zulässigerweise erhobene Einwendungen das Verfahren sistirt wird. In dem Seitens des Gläubigers dem Gerichtsvogte ertheilten Auftrage bezw. dem auf Grund dieses Auftrags vom Gerichtsvogt oder auch, falls dieser es vorzieht, vom Gläubiger selbst an das Subhastationsgericht gestellten Antrage ist die Legitimation der Executionsorgane zur Vornahme und Durchführung der betreffenden Execution nach Maßgabe des Gesetzes zu suchen und zu finden; dem Gerichte fällt dabei — gleichwie in denjenigen Concursen, in welchen wegen Geringfügigkeit der Activmasse ein Curator nicht bestellt wird, §. 615 letzt. alin. — die Rolle des officiellen Vertreters des Schuldners zu, dem bezüglich des zu subhastirenden Grundstücks die Dispositionsbefugniß durch die geschehene Pfändung entzogen ist.

So wenig zu bezweifeln ist, daß es dem Gläubiger — wie auch dem Schuldner — freisteht, beim Subhastationsverfahren mitzuwirken, namentlich in den Subhastationsterminen seinem Interesse entsprechende Anträge zu stellen und Erklärungen abzugeben, eben so gewiß ist es, daß solcher Anträge und Erklärungen in den einschlagenden Bestimmungen (§§. 562. 563) nur in dem Sinne gedacht wird, daß es dem Gläubiger ge-

Digitized by Google

stattet ist, seine Interessen im Laufe des Verfahrens wahrzunehmen, keineswegs in dem Sinne: daß die fernere Thätigkeit des Gerichts durch solche Anträge bedingt wäre. In gleicher Weise wie hier geschieht der Mitwirkung, der Anträge und Erklärungen der betheiligten Gläubiger Erwähnung in den Vorschriften über das analoge eigentliche Concursverfahren; auch in diesem steht es den Gläubigern frei, Anträge an das Gericht zu stellen, sie sind bei allen wichtigern die Activmasse betreffenden Maßregeln zu hören, ohne daß daraus zu folgern, daß solchen Erklärungen ein die Fortsetzung des Verfahrens bedingender Einfluß beizulegen ist.

Insbesondere bedarf es nach §. 562 alin. 2 zur Zuschlagsertheilung nicht des betreffenden Antrags des Gläubigers; das Gesetz sagt geradezu und einfach: „das Grundstück wird dem Höchstbietenden zugeschlagen, wenn nicht besondere Gründe (§. 563) den Zuschlag einstweilen verhindern." Dem Gläubiger (wie dem Schuldner) steht lediglich frei, solche Gründe geltend zu machen und dadurch unter den im Gesetze bestimmten Voraussetzungen die Zuschlagertheilung einstweilen zu verhindern.

Eben so wenig steht etwa das letzte alinea des §. 562 entgegen, worin wegen Erlasses des Ausschlußbescheides auf die Grundsätze des §. 502 verwiesen ist. Nach §. 502 ist zwar der Ausschlußbescheid, wenn die Ladung nicht von Amtswegen geschehen ist, durch einen Antrag der dabei Interessirten bedingt; die mit dem Subhastationspatente zu verbindende Edictalladung ist aber durch das Gesetz — §. 561 — vorgeschrieben, mithin eine von Amtswegen ohne Rücksicht auf Parteianträge zu erlassende; außerdem würde — worauf es aber nicht weiter ankommt — als interessirt und somit legitimirt zum Antrage nicht nur der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger, sondern eben sowohl neben den sonstigen etwa aufgetretenen Gläubigern der Schuldner und der höchstbietende Käufer zu betrachten sein.

Daß in Folge etwaiger, Seitens des Schuldners oder dritter Personen wider die Zwangsvollstreckung erhobener Einwendungen das in den §§. 574 bis 586 geregelte Parteiverfahren eintreten kann, ändert an der Sache nichts, da dieses Verfahren lediglich einen Incidentpunct betrifft, der mit der

Digitized by Google

Subhastation als solcher nichts zu thun hat. In dem an das Subhastationsverfahren sich anschließenden Vertheilungsverfahren ohne Concurs (§§. 595 flgde.) ist dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger eine hervorragende Rolle überall nicht zugetheilt, die betreffenden Verhandlungen sind vielmehr nach ausdrücklicher Vorschrift zwischen sämmtlichen bei dem Vertheilungsverfahren betheiligten Gläubiger und dem Schuldner gleichmäßig zuzulegen; es liegt daher auch hierin kein Grund, den dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger erwachsenen Parteikosten ein Vorzugsrecht vor den den übrigen Gläubigern erwachsenen Parteikosten zuzugestehen.

Allem diesem nach darf der Schluß gezogen werden, daß das Subhastationsgericht auf Grund des vom Gerichtsvogt bezwse vom Gläubiger selbst gestellten allgemeinen, auf Vornahme der Subhastation gerichteten Antrags so befugt wie verpflichtet ist, das Subhastationsverfahren durch zuführen, ohne daß seine Thätigkeit bei Vornahme der einzelnen Akcte durch fernere speciell darauf gerichtete Anträge des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers bedingt wäre. Damit ist aber zugleich jeder Grund beseitigt, weshalb die Parteikosten des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers zu den vorabzunehmenden Kosten des Zwangsvollstreckungs- und Vertheilungsverfahrens gerechnet werden könnten.

Von diesem Gesichtspuncte aus erledigt sich auch ohne Schwierigkeit die Frage, nach welcher Werthclasse die Gebühren des Anwalts des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger zu liquidiren und festzustellen sind. Die Werthclasse, die der Forderung entspricht, wegen deren Beitreibung das Subhastationsverfahren eingeleitet wird, wird regelmäßig eine geringere sein als die, welche nach dem Norm gebenden Werthe des zu subhastirenden Grundstücks für die Berechnung der Gerichtskosten festgesetzt wird. Unter der Annahme, daß die Mitwirkung des Gläubigers bei dem Subhastationsverfahren als eine nothwendige, die Thätigkeit des Gerichts bedingende anzusehen wäre, würde bei der ganz allgemein und unbeschränkt geltenden Vorschrift des §. 34 der Gebühren-Taxe die für die Berechnung der Gerichtsgebühren festgesetzte Werthclasse auch für die Berechnung der Gebühren des Anwalts des die Zwangs-

Digitized by Google

vollstreckung betreibenden Gläubigers entscheidend sein; der Anwalt z. B. der zur Beitreibung einer ausgeklagten Forderung von unter 100 ℳ ein Grundstück im Werthe von über 5000 ℳ subhastiren läßt, würde consequenterweise während des zur Beitreibung solcher Forderung eingeleiteten Subhastationsverfahrens die Procura- Termins- und Schriftsatzgebühren nach der eilften Werthclasse statt nach der fünften liquidiren können. Dieses Resultat erscheint offensichtlich so abnorm und hat so wenig innere Begründung, daß nach meinen Erfahrungen in der Praxis nur höchst vereinzelt ein desfallsiger Anspruch geltend zu machen versucht ist, vielmehr insbesondere auch diejenigen Anwälte, die den Parteikosten des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers den Character von vorabzunehmenden Masseschulden vindiciren — freilich von ihrem Standpuncte aus inconsequenterweise — die Gebühren nach der Werthclasse der zur Beitreibung stehenden Forderung liquidiren, gleichwie in dem analogen Concursverfahren die Anmeldungs- und Liquidationskosten nach der durch die angemeldete Forderung gegebenen Werthclasse berechnet werden. —

Schließlich mag noch eines für die gegentheilige Ansicht häufig geltend gemachten, angeblichen Billigkeitsgrundes gedacht werden. Man behauptet vielfach, es sei unbillig, daß derjenige Gläubiger, dessen Anträgen die prioritätsmäßig zur Befriedigung gelangenden übrigen Gläubiger ihre Befriedigung verdanken, gezwungen sei, den zu solchem Zweck ordnungsmäßig gemachten Aufwand aus eignen Mitteln zu tragen. Allein mit Unrecht; der Gläubiger erleidet solchenfalls lediglich dasselbe Schicksal, welches bei allen übrigen Executionsarten ihn trifft, wenn der Erlös zu seiner Befriedigung nicht hinreicht; er ist nach Vorschrift des §. 544 schuldig, die Kosten der fruchtlos gebliebenen Zwangsvollstreckung zu tragen, und auf Erfordern gehalten, zur Bestreitung der Kosten Vorschuß zu leisten. Er theilt insbesondere auch lediglich das gleiche Schicksal mit denjenigen übrigen Gläubigern, die im Folge der mit dem Subhastationspatente zu verbindenden Edictalladung gezwungen werden, ihre Forderungen in diesem Verfahren anzumelden, und somit erhebliche Kosten aufzuwenden, die auch ihnen nur unter der Voraussetzung im Verfahren erstattet werden, daß ihre

Digitized by Google

Hauptforderung prioritätsmäßig zum Zuge gelangen wird. Er mag mit Rücksicht darauf sich vorher besinnen, ob es in seinem Interesse liegt, die Subhastation zu beantragen, die nicht nur den Schuldner regelmäßig ruinirt, sondern häufig auch die Interessen der bevorzugtern hypothecarischen Gläubiger aufs Aeußerste gefährdet; daß durch die sicherste Aussicht auf vollständigen Ersatz aller Parteikosten einem Gläubiger, der sich selbst vorher sagen muß, daß er aus dem Erlöse doch nichts erhalten werde, gewissermaßen ein Reizmittel gegeben werde, in unmotivirter oder gar frivoler Weise die in die Interessen der zunächst betheiligten Personen auf das tiefste einschneidende Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen eines Schuldners zu betreiben, dazu scheint überall keine Veranlassung gegeben zu sein. —

II. Das Recht der Zuschlagsertheilung bei nothwendigen Subhastationen in Zwangsvollstreckungs- und Concursverfahren.

A. im Zwangvollstreckungsverfahren.

Bereits aus den in der Erörterung ad. I. entwickelten Grundsätzen ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß lediglich das Subhastationsgericht den Zuschlag zu ertheilen hat.

Wenn unabhängig von jenen allgemeinen Erörterungen die Frage hier noch einmal einer speciellen Prüfung unterzogen wird, so ist dieselbe veranlaßt durch die Beharrlichkeit, mit der insbesondere von den Anwälten des Obergerichts Hannover die entgegengesetzte Ansicht geltend gemacht und festgehalten wird: daß die Zuschlagsertheilung in der Hand des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers liege. Es hat solche Anschauung die Praxis beim Amtsgerichte Hannover derart beeinflußt, daß bis vor Kurzem nicht nur in den von den Anwälten zu den Subhastationsacten eingereichten gerichtsseitig genehmigten Kaufbedingungen die Zuschlagsertheilung dem Gläubiger bezw. Concurs-Curator regelmäßig vindicirt wird, sondern auch in den vom Amtsgerichte entworfenen, gedruckten, den Subhastationen zu Grunde gelegten Kaufbedingungsformularen der Gläubiger bezw. Curator ausdrücklich als diejenige Person bezeichnet war, die den Zuschlag zu ertheilen habe, dem ent-

Digitized by Google

sprechend auch in Wirklichkeit nach der bis dahin bestandenen Praxis der Gläubiger unmittelbar den Zuschlag ertheilt und das Subhastationsgericht sich darauf beschränkt hat, solche Zuschlagsertheilungs-Erklärung dem Käufer einfach zur communiciren. —

Die Subhastation ist ein *Kaufgeschäft* mit besondern Voraussetzungen und besondern Wirkungen. Außer den sonstigen Requisiten muß also ein Käufer und ein Verkäufer vorhanden sein. Es frägt sich, wer ist der Verkäufer?

Daß dem Schuldner, dem Eigenthümer des zu subhastirenden Wesens die Zuschlagsertheilung zustehe, ist wohl von Niemandem behauptet worden; das Gegentheil ergiebt sich unzweifelhaft aus der Erwägung, daß demselben zugleich mit der Beschlagnahme des Grundstücks, der Grundlage und ersten Vorbedingung des Subhastationsverfahrens, die Disposition über das Grundstück entzogen wird.

Daß das Recht der Zuschlagsertheilung nicht ein Ausfluß der dem Gläubiger etwa zustehenden actio hypothecaria oder des pignus praetorium oder judiciale ist, dürfte auch ohne Weiteres klar sein; dem Gläubiger resultirt daraus lediglich das Recht: den Verkauf des als Pfand- bezw. Executionsobject dienenden Grundstücks *zum Zweck seiner* prioritätsmäßigen *Befriedigung* aus dem Erlöse desselben nach Maßgabe der Gesetze zu *betreiben*; das desfallsige Verfahren ist durch die Gesetze bei uns zuletzt durch die bürgerliche Proceßordnung geregelt.

Nach gemeinem Rechte sowohl, wie nach der b. P.-O. sind alle Zwangsverkäufe mit Rücksicht auf die besonderen wichtigen Folgen derselben, z. B. der Erlöschung der Hypotheken, öffentlichen Organen überwiesen, und Zwangsverkäufe der Immobilien dem judex rei sitae. Die Zuschlagsertheilung ist ein höchst wesentlicher Theil der Subhastation; durch die Zuschlagsertheilung wird das unterliegende Kaufgeschäft perfect; der Käufer erhält dadurch ein persönliches Recht auf Contracts-Erfüllung, d. h. auf Adjudication; dem Käufer gegenüber muß eine zur Disposition über das Grundstück befugte Person vorhanden sein; an Stelle des Schuldners und Eigenthümers, dem die Disposition durch die Beschlagnahme genommen, tritt als dessen

Digitized by Google

officieller Vertreter das Subhastationsgericht. Die Zuschlagsertheilung seitens des Gerichts ist Ausfluß desselben Rechtsgrundes, vermöge dessen das Gericht — woran ja Niemand zweifelt — das Grundstück demnächst zu adjudiciren hat.

Claproth (bürgerlicher Proceß. Th. II. Seite 778) drückt das mit folgenden Worten aus: „Der Zuschlag machet die Einwilligung in die Kaufwaare, von Seiten des höchsten Bieters, und in das Gebot, in Ansehung des Richters, welcher hier den Verkäufer vorstellet, aus, mithin ist der Contract dadurch zur Vollkommenheit gediehen."

Führen diese allgemeinen Erwägungen zu dem Resultate, daß lediglich dem Subhastationsgerichte und nicht dem Gläubiger das Recht der Zuschlagsertheilung zustehe, so erübrigt noch die Untersuchung, ob daran etwa durch die hannoversche Gesetzgebung etwas geändert wird.

Die desfallsigen Bestimmungen des §§. 562 und 563 der b. P.=O. sind fast wörtlich gleichlautend mit den Bestimmungen der Untergerichtsordnung von 1827, §§, 175 und 177, dahin gehend:

„Die Versteigerung geschieht durch Ueberbieten, von welchem der Schuldner nicht aber der Gläubiger ausgeschlossen ist . .

„Das Grundstück wird dem Höchstbietenden zugeschlagen, wenn nicht besondere Gründe den Zuschlag einstweilen verhindern" . .

„Erfolgt der Zuschlag, so hat das Gericht . . .

„In diesen (dem zweiten — bezw. in der U.=G.=O. dritten —) Termine soll dem, welcher das höchste Gebot gethan hat — jedenfalls wenn der Gläubiger verlangt — der Zuschlag ertheilt worden."

Eine ausdrückliche Bestimmung: wer den Zuschlag zu ertheilen habe? ist in den obigen Vorschriften nicht enthalten; der Gesetzgeber wird solche ausdrückliche Bestimmung für überflüssig, weil selbstverständlich gehalten haben.

Spangenberg Commentar zur U.=G.=O. sagt zu §. 175 auf Seite 328 ausdrücklich:

Kann der Zuschlag erfolgen, so hat das Gericht denselben dem Höchstbietenden sofort zu ertheilen.

In der That müssen auch insbesondere noch die nachfol-

Digitized by Google

genden Erwägungen jeden Zweifel an der Absicht des Gesetzgebers beseitigen:

1. Nach §. 562 alin. 2, kann der Gläubiger bei der Versteigerung mit bieten, also das Grundstück kaufen; folglich kann er nicht der Veräußerer sein, sich nicht selbst den Zuschlag ertheilen.

2. Nach §. 563, alin. 2 soll im zweiten Termine dem Höchstbietenden, „wenn der Gläubiger es verlangt" der Zuschlag ertheilt werden; die Vorschrift wäre völlig widersinnig, wenn der Gläubiger selbst den Zuschlag zu ertheilen hätte.

3. Das Gesetz stellt in den §§. 562, 563 bestimmte Voraussetzungen fest, unter denen der Zuschlag ertheilt werden soll. Das die Subhastation leitende Gericht ist für die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften verantwortlich. Eine solche Verantwortlichkeit wäre undenkbar, wenn die Entscheidung nicht beim Subhastationsgerichte stände, vielmehr von dem Belieben des Gläubigers abhinge.

4. Die richterliche Entscheidung ist unentbehrlich in allen Fällen, wo wegen der Ertheilung des Zuschlags Streit zwischen den Parteien entsteht. Ein solcher Streit läßt sich nicht nur zwischen dem Gläubiger und Schuldner, sondern auch zwischen den mehreren die Zwangsvollstreckung gleichzeitig betreibenden Gläubigern denken; wie soll die Sache andernfalls sich gestalten, wenn der eine der die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger der Zuschlag ertheilt, der andere ihn nicht ertheilen will?!

B. im Concursverfahren.

Darf hiernach als unzweifelhaft feststehend angenommen werden, daß im eigentlichen Zwangvollstreckungsverfahren nach der Natur der Sache, wie nach den besondern Vorschriften der b. P.-O. lediglich das Subhastationsgericht zur Ertheilung des Zuschlags befugt ist, den desfallsigen Erklärungen der Gläubiger lediglich die Eigenschaft von Anträgen beizulegen ist — auch bezüglich des unbestritten dem Gerichte zustehenden Acts der Adjudication bedient sich der Gesetzgeber derselben allgemeinen Redewendung „dem Käufer wird das Grundstück eigenthümlich überwiesen, ohne eine ausdrückliche

Digitized by Google

Bestimmung: wer? zu adjudiciren habe, für erforderlich zu halten — so ist ferner noch zu untersuchen, ob darunter bei den im Concursverfahren stattfindenden nothwendigen Subhastationen eine Aenderung eintritt.

Es wird dieses behauptet mit Rücksicht auf die Stellung des Concurs-Curators im Concurse. Es wird in solcher Beziehung darauf hingewiesen, daß auf den Curator das Verfügungsrecht übergehe, welches der Gemeinschuldner durch Eröffnung des Concurses verliert, §. 616 alin. 1, daß dem Curator die Sorge für die Berichtigung und Verwerthung der Activmasse unter Ueberwachung des Gerichts, §. 616 alin. 2, insbesondere auch die Veräußerung der zur Concurs-Masse gehörigen Mobilien und Immobilien — §. 621 Nr. 3 — ausdrücklich zur Pflicht gemacht sei.

Allein mit Unrecht wird aus diesen Bestimmungen die Zuständigkeit des Curators für die Ertheilung des Zuschlags gefolgert; die Norm gebende Vorschrift des §. 621 Nr. 3 verleiht dem Curator nicht etwa die Befugniß, die zur Masse gehörigen Immobilien selbst zu veräußern, sondern macht es ihm vielmehr zur Pflicht, die Veräußerung derselben „in der bei der Zwangsvollstreckung bestimmten Art" nach Maßgabe der für das Zwangsvollstreckungsverfahren gegebenen Vorschriften zu veranlassen. Es ist das völlig consequent; wie im eigentlichen Zwangsvollstreckungsverfahren die vorgenommene Pfändung des einzelnen Immobile's, so bildet im Concursverfahren die in dem Concurseröffnungserkenntnisse enthaltene generelle Beschlagnahme des ganzen Vermögens des Cridars die Grundlage der nothwendigen Subhastation.

Damit ist die Stellung des Curators genau limitirt; er hat die Veräußerung bei dem zuständigen Subhastationsgerichte, dem judex rei sitae, der mit dem zuständigen Concursgerichte identisch sein kann, nicht immer ist, zu beantragen; der judex rei sitae hat sodann nach Maßgabe der Vorschriften des Zwangsvollstreckungsverfahrens die Subhastation mit allen ihm in solchem Verfahren zustehenden Befugnissen zu reguliren und zu leiten, §. 557.

Mit demselben Rechte, mit welchen man aus der allgemeinen Stellung des Curators für denselben das Recht der Zu-

Digitized by Google

schlagsertheilung ableiten wollte, müßte man ihm auch bei der in seinem Auftrage durch den Gerichtsvogt vorzunehmenden zwangsweisen Versteigerung von Mobilien das Recht der Zuschlagsertheilung bezüglich jeder einzelnen Sache vindiciren. Beide Arten der durch öffentliche Beamte vorzunehmenden Zwangsverkäufe hat der Curator gleichmäßig zu veranlassen; daß solches in abweichender Form bei Mobilien in Form eines Auftrags an den Gerichtsvogt, bei Immobilien in Form eines Antrags bei dem judex rei sitae geschieht, ist lediglich Ausfluß der verschiedenen Stellung der Executionsorgane.

An diesem Resultate wird auch insbesondere durch die allgemeine Vorschrift des §. 622 alin. 2, wonach zur Entscheidung über Ertheilung des Zuschlags bei Subhastationen die Obercuratelseitige Genehmigung erforderlich ist, nichts geändert; abgesehen davon, daß nach bekannten Interpretationsregeln nicht angenommen werden darf, daß der Gesetzgeber dadurch beiläufig eine so tief einschneidende, mit der Natur der Sache und den sonstigen positiven Vorschriften im Widerspruche stehende Abänderung habe treffen wollen, war diese Bestimmung nothwendig für den häufig vorkommenden Fall, daß das Subhastationsgericht nicht identisch mit dem Concursgerichte ist; auf diesen Fall ist die Vorschrift zu beschränken; darin hat sie aber auch ihre volle Bedeutung.

Daß übrigens den Erklärungen und Anträgen des Curators betreffs der Ertheilung des Zuschlags seiner ganzen Stellung nach die eingehendste Berücksichtigung zu Theil werden muß, ist selbstverständlich und durch die obigen Erörterungen überall nicht in Frage gestellt.

C. Resultate:

1. Für das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren.

Das Subhastationsgericht ertheilt den Zuschlag nach Anhörung der Betheiligten.

2. Für das Concursverfahren.

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Digitized by Google

a. Das Subhastationsgericht ist — wie regelmäßig der Fall sein wird — zugleich das zuständige Concursgericht.

Falls der Curator mit dem Gerichte einverstanden, so ertheilt letzteres auf desfallsigen Antrag einfach den Zuschlag, bezw. setzt dasselbe ferneren Verkaufstermin an.

Falls der Curator fernern Verkaufstermin beantragt, das Gericht hingegen die Ertheilung des Zuschlags geboten erachtet, so kann in zweifacher Form procedirt werden; entweder

α. das Gericht weis't in seiner Eigenschaft als Concursgericht vermöge der ihm zustehenden Direction des Concurses von Obercuratelwegen zunächst den Curator an, seinen Antrag zu modificiren und ertheilt demnächst auf den — nach beschrittener Rechtskraft nöthigenfalls zu erzwingenden — modificirten Antrag des Curators in seiner Eigenschaft als Subhastationsgericht den Zuschlag; oder

β. das Gericht ergänzt ohne weiteres in seiner Eigenschaft als Concursgericht von Obercuratelwegen insoweit den Antrag des Curators und ertheilt danach sofort in seiner Eigenschaft als Subhastationsgericht den Zuschlag.

Der letztere Weg ist offenbar der kürzere.

In gleicher Weise ist zu procediren, falls umgekehrt etwa der Curator die Ertheilung des Zuschlags, das Gericht die Anberaumung eines fernern Verkaufstermins geboten erachten sollte.

b. Das Subhastationsgericht ist nicht das dirigirende Concursgericht.

Solchenfalls ist die Seitens des Subhastationsgerichts vorzunehmende Zuschlagsertheilung abhängig von dem desfallsigen, vom zuständigen Concursgerichte genehmigten — §. 622. alin. 2 — Antrag des Curators, bezw. von dem vom zuständigen Concursgerichte unmittelbar gestellten Antrage. —

III. Die Unzulässigkeit des dritten Subhastationstermins im Concursverfahren.
(§§. 562. 563. der b. P.-O.)

Der §. 621 der b. P.-O. schreibt vor, daß im Concursverfahren die Veräußerung der zur Concurs-Masse gehörigen

Digitized by Google

Immobilien in der bei der Zwangsvollstreckung bestimmten Art vorzunehmen ist. Nähere bezügliche Vorschriften werden in dem Abschnitt über das Concursverfahren überall nicht gegeben.

Die Art, wie bei der Zwangsvollstreckung die Veräußerung der Immobilien vorzunehmen, ist in den §§. 562 und 563 geregelt.

Nach diesen Vorschrifen soll im ersten Subhastationstermine (§. 562) das Grundstück dem Höchstbietenden zugeschlagen werden, wenn nicht besondere Gründe (§. 563) den Zuschlag einstweilen verhindern;

beim Vorhandensein solcher im §. 563 genau bestimmter und begrenzter Gründe ist ausnahmsweise ein zweiter Subhastationstermin anzusetzen mit der Anzeige, daß gesetzlich ein dritter Termin nicht stattfinde.

Vergegenwärtigen wir uns die bezüglichen Bestimmungen des ältern Rechts, der Untergerichtsordnung §§. 175 und 177, so finden wir dieselben bis auf Einen Punct völlig, fast wörlich gleichlautend.

Nach §. 175 der U.-G.-O. soll das Grundstück im ersten Subhastationstermine dem Höchstbietenden zugeschlagen werden, falls nicht besondere im §. 177 aufgeführte Gründe die Adjudication einstweilen verhindern;

beim Vorhandensein der im §. 177 aufgeführten — mit den in dem §. 563 der b. P.-O. übereinstimmenden — Ausnahmegründen ist ein zweiter Subhastationstermin anzusetzen.

Unter gleicher Voraussetzung ist nach §. 177 der U.-G.-O. auch ein dritter Termin zulässig, in diesem soll der Zuschlag ertheilt werden.

Beide Gesetze stimmen also darin überein:

daß der Regel nach im ersten Subhastationstermine bereits der Zuschlag ertheilt werden soll, so wie:

daß in bestimmt begrenzten, im Gesetze ausdrücklich namhaft gemachten Ausnahmefällen ein 2. Subhastationstermin zulässig ist;

sie weichen dagegen in dem Puncte von einander ab: daß nach der U.-G.-O. in den gesetzlich begrenzten Ausnahmefällen auch noch ein dritter Termin stattfinden soll, während die b. P.-O. vorschreibt, daß die Anberaumung des zweiten Termins immer mit der Anzeige geschehen soll: daß gesetzlich ein dritter Termin nicht stattfinde.

Digitized by Google

Nach den Regierungsmotiven hat durch diese abweichende Bestimmung eine wesentliche Abänderung des bisherigen Zustandes erstrebt werden sollen; es wird ausdrücklich gesagt, der Entwurf gestatte nur ausnahmsweise einen zweiten, niemals aber einen dritten Termin, dessen Zulassung durch die Untergerichtsordnung sich durchaus als nachtheilig erwiesen habe.

Diesen gesetzlichen Bestimmungen in Verbindung mit den Motiven gegenüber erscheint es auf den ersten Blick schwer begreiflich, wie sich bei den Gerichten eine Praxis hat bilden können, wonach im Concursverfahren auf Antrag des Curators ein dritter, ja vierter und fünfter Subhastationstermin abgehalten wird, — eine Praxis, die insbesondere aus den beim Amtsgerichte Hannover verhandelten Concurs-Acten zu constatiren, auf in neuerer Zeit dieserhalb erhobene Beschwerde nicht nur vom Obergerichte Hannover wiederholt, sondern auch von der Königlichen Kronoberanwaltschaft in Celle bei Gelegenheit des Versuchs der Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes im Princip gebilligt worden ist.

Die Folgen dieser unseres Erachtens mit dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes, wie mit der Absicht des Gesetzgebers im Widerspruch stehenden Praxis sind denn auch nicht ausgeblieben; es soll hier nur andeutungsweise auf die Verzögerung und Verschleppung und die dadurch entstehende Vertheuerung der Concurse, auf die Schäden hingewiesen werden, die die Concurs-Masse nicht nur direct durch die in Folge der Häufung der Termine erwachsenen bedeutenden Kosten, sondern auch indirect durch die höhere Anschwellung der laufenden Zinsen der Passiv-Capitalien, die größern Reparaturkosten, die nicht abzuweisende Erhöhung des Honorars des Curators ꝛc. erleidet, — Schäden, die mit den Vortheilen, die anderseits durch die längere Nutznießung des Grundstücks Seitens der Concurs-Masse erzielt werden, regelmäßig auch nicht annähernd in einem angemessenen Verhältnisse stehen.

Die in der Praxis herrschende Ansicht: daß ein dritter oder selbst ein fernerer Subhastationstermin im Concursverfahren zulässig sei, wird gestützt auf das zweite alinea des §. 563:

> Im zweiten Termine soll dem Höchstbietenden, „jedenfalls wenn der Gläubiger es verlangt", der Zuschlag ertheilt werden,

Digitized by Google

in Verbindung mit den darauf bezüglichen Regierungsmotiven:

„Eine Vereinbarung des Gläubigers und Schuldners, erneuerte Versuche zum Verkaufe zu machen, ist nicht ausgeschlossen."

Mit Rücksicht auf diese Bestimmungen wird der Vorschrift am Schluß des ersten alinea des §. 563:

„daß gesetzlich ein dritter Termin nicht stattfinde"

statt der Bedeutung: ein dritter Termin ist ausgeschlossen, lediglich die Bedeutung vindicirt; „ein dritter Termin ist gesetzlich nicht nothwendig."

Unseres Erachtens mit Unrecht:

Der angebliche Widerspruch, in welchem die Vorschrift des §. 563 alin. 2 in Verbindung mit den hervorgehobenen Motiven zu der Auslegung: daß ein dritter Termin gesetzlich ausgeschlossen ist, stehen soll, erledigt sich eben so einfach wie vollständig durch die Betrachtung, daß die Vorschriften zunächst nur für das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren gegeben sind. In diesem Verfahren, in welchem dem Gläubiger die Disposition über den weiteren Fortgang oder die völlige oder theilweise Sistirung des nur in seinem Interesse eingeleiteten Verfahrens zusteht, ist es nicht nur consequent sondern völlig selbstverständlich, daß der Gläubiger, wie er unter Uebernahme der Kosten durch eine einfache Erklärung von dem Executionsverfahren gänzlich Abstand nehmen kann, so auch mit dem Schuldner wegen erneuerten Versuchs des Verkaufs sich einigen kann. Ein öffentliches Interesse kommt dabei nicht in Betracht; die Frage, ob und wie weit etwa die übrigen, die Zwangsvollstreckung nicht betreibenden Gläubiger, die in Folge der mit dem Subhastations-Patente verbundenen Edictalladung ihre am Immobile hypotekarisch haftenden Forderungen angemeldet haben, dieselben Rechte wie der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger haben und daher durch ihr veto eine solche Vereinbarung hindern und eine dem Gesetze entsprechende Abwickelung verlangen können, ist für den vorliegenden Zweck ohne Interesse und soll hier unerörtert bleiben.

Wesentlich anders liegen aber die Verhältnisse im Concursverfahren, in welchem es Parteien im Sinne des Zwänge-

Digitized by Google

vollstreckungsverfahren nicht giebt; dem Antrage des Concurs-Curators, — des officiellen Vertreters des Gemeinschuldners, der im rechtlichen Interesse des Cridars und eben darum im mittelbaren Interesse der Gläubiger handelt, cfr. Motive zu §. 615 — kann selbstverständlich die Eigenschaft einer Vereinbarung, der übereinstimmenden Willenserklärung mehrerer Personen nicht beigelegt werden, eine etwaige analoge Ausdehnung erscheint aber nicht nur mit Rücksicht auf den Zweck des concursmäßigen Subhastationsverfahrens — die Masse muß realisirt, die Sache muß abgewickelt werden, — sondern auch mit Rücksicht auf die miteinander collidirenden Interessen der mittelbar vom Curator vertretenen Gläubiger, die bei der Verwaltung und Verwerthung der Masse nur zu hören sind, unstatthaft; es muß bei der concursmäßigen Subhastation bei der festen, durch das Gesetz gegebenen Regel sein Bewenden behalten, nur dadurch erscheinen die verschiedenen Interessen der Gläubiger gegen die Verwaltungsmaßregeln des Curators genügend geschützt.

Steht demnach die Vorschrift des zweiten alin. des §. 563 mit dem dazu gehörigen Motiven zu dem sonstigen Inhalte des §. 563 nicht im Widerspruch, bildet dieselbe vielmehr lediglich für das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren eine durchaus consequente, ja selbstverständliche Ausnahme von der Regel, so erübrigt noch die im Obigen vorausgesetzte Beweisführung, daß der übrige Inhalt des §. 563 lediglich der Auslegung Raum giebt, daß der Gesetzgeber einen dritten oder gar ferneren Subhastationstermin nicht gewollt, also ausgeschlossen habe.

Die desfallsigen Gründe lassen sich in Folgendem zusammenstellen:

1. Zunächst spricht schon der Wortlaut des Gesetzes dafür, indem bei anderer Auffassung der Gesetzgeber nicht — wie geschehen — das Wort dritter, sondern das Wort gesetzlich gesperrt hätte drucken lassen müssen.

2. Wenn oben bereits nachgewiesen ist, daß nach dem bis dahin bestehenden Rechte ein dritter Termin so wenig erforderlich war, daß auch nach der U.-G.-O. der Zuschlag regelmäßig im ersten Termin erfolgen sollte, und nur ausnahmsweise unter

Digitized by Google

gesetzlich beschränkten Voraussetzungen ein zweiter und dritter Termin zulässig war, so ist damit schon die Auslegung: der Gesetzgeber habe den dritten Termin lediglich als gesetzlich nicht nothwendig bezeichnen wollen, von selbst ausgeschlossen. Es fehlte ja an jeglicher Veranlassung zu solcher, mit dem derzeit bestehenden Rechte völlig in Uebereinstimmung stehenden Vorschrift, insbesondere fehlte es an jeder Veranlassung, dem Richter vorzuschreiben, mit jedem einzelnen Subhastationspatente die öffentliche Anzeige zu verbinden, daß ein dritter Termin nicht nothendig sei!

Wenn dagegen in einem uns vorliegenden obergerichtlichen Urtheile die Auffassung der Gesetzesvorschrift in dem von uns reprobirten Sinne durch Hinweisung auf das für die ehemaligen Preußischen Landestheile bis dahin geltende Preußische Landrecht, wodurch ein dritter Subhastationstermin vorgeschrieben, zu rechtfertigen versucht ist, so erscheint — ganz abgesehen von dem formellen Grunde, daß der Gesetzgeber, soweit auf das Preußische Landrecht Rücksicht genommen ist, die bezüglichen Bestimmungen bekanntlich in den Schlußbestimmungen der b. P.-O., dem siebenten Abschnitte, zusammengestellt hat — dieser Versuch: die allgemeinen Bestimmungen eines für das ganze Königreich erlassenen Gesetzes aus nur für einzelne Landestheile gültigen Provincialgesetzen zu interpretiren, so offenbar verfehlt und in seinen Consequenzen gefährlich, daß von weiterer Widerlegung abgesehen werden kann.

Jedenfalls würde, — wie in einem uns vorliegenden amtsgerichtlichen Beschwerde-Berichte gegen solche Auslegung angeführt wird — solche Rücksichtsnahme auf die Preußische Gesetzgebung doch nur zu einer einfachen Aufhebung des frühern Gebots, nicht dahin haben führen können, daß z. B. dem Subhastationsrichter des Amtsgerichts Hannover befohlen wird, bei allen in der Stadt und im Amte Hannover stattfindenden Subhastationen das hannoversche Publicum jedesmal darüber zu belehren, daß in Ostfriesland und auf dem Eichsfelde die früher dort bestandene Nothwendigkeit des dritten Subhastationstermins seit dem 1. October 1852 aufgehoben sei. Welches Interesse könnte denkbarer Weise das hannoversche Publicum an der vorgeschriebenen Rechtsbelehrung haben?

Digitized by Google

3. Nach den Regierungsmotiven hat durch das neuere Gesetz nicht nur eine wesentliche Abänderung des bisherigen Zustandes, sondern zugleich eine wesentliche Verbesserung durch Beschränkung der Subhastationstermine erreicht werden sollen. „Die Zulassung des dritten Termins durch die U.-G.-O. — sagen die Motive — hat sich durchaus als nachtheilig bewiesen." Bei der andern Auslegung würde nun aber offensichtlich die angestrebte Verbesserung nicht nur nicht erreicht, sondern geradezu eine Verschlechterung des bisherigen Rechtszustandes eingetreten sein, indem — was wohl zu beachten — die durch die U.-G.-O. für den dritten Termin gegebenen gesetzlichen Schranken, innerhalb deren derselbe ausnahmsweise zulässig war, nunmehr weggefallen wären und an deren Stelle willkürliche Zweckmäßigkeitsrücksichten treten würden, ja mit gleichem Rechte, mit welchem ein dritter auch ein vierter und fernerer Subhastationstermin — wie thatsächlich vorkommt und ganz consequent in dem oben beregten obergerichtlichen Urtheile gebilligt worden ist — in Concurssachen abgehalten werden könnte. Mit andern Worten: während der zweite Termin nur ausnahmsweise beim Vorhandensein bestimmter, im Gesetze nahmhaft gemachter Gründe zulässig, würde für die Anberaumung eines dritten und ferneren Termins der durch das Gesetz nicht beschränkten Willkür Raum gegeben sein! Wie reimt sich das mit den von der Regierung hervorgehobenen, von der allgemeinen Ständeversammlung gebilligten Motiven?! —

Während wir dies hier schreiben, ist vom neu componirten 2. kleinen Senate des hiesigen Obergerichts zu der Bergtschen Concurssache in Anlaß einer erhobenen Beschwerde — abweichend von der früher bestandenen Praxis — die Unzulässigkeit des dritten Termins in Concurssachen ausgesprochen, auch gleichzeitig in Bescheidung der desfalls eventuell erhobenen Beschwerde erkannt worden, daß der Zuschlag — cfr. Erörterung oben sub II. — nicht vom Concurs-Curator, sondern vom Gerichte zu ertheilen sei. —

Digitized by Google

IV. Adjudication der Immobilien im Zwangsvollstreckungsverfahren; Einfluß der Insolvenzerklärung des Schuldners auf dieselbe.

§§. 564 u. 610 der b. P.-O.

Im Wege der Zwangsvollstreckung war zur Beitreibung einer gegen den Schuldner rechtskräftig ausgeklagten hypothekarischen Forderung dessen Grundstück zur Subhastation gebracht. Das Grundstück war dem Höchstbietenden zugeschlagen worden. In dem behuf Verhandlung über Liquidität und Priorität der im Subhastationstermine angemeldeten Forderungen (§. 596 der b. P.-O.) so wie zur Einzahlung und event. Vertheilung des Kaufpreises anberaumten Termin zahlte der Käufer des Grundstückes das Kaufgeld an das Gericht ein und beantragte danach, das Grundstück ihm zu adjudiciren.

Ehe der durch eine Incidentstreitigkeit verzögerte Bescheid betreffs der beantragten Adjudication abgegeben war, sistirte sich vor dem Subhastationsgerichte der in dessen Bezirke wohnende Schuldner, erklärte seine Insolvenz, verband damit den Antrag auf Convocation seiner Gläubiger behuf gütlichen Arrangements und protestirte, nachdem die in den §§. 609, 610 der b. P.-O. vorgesehenen einstweilgen Verfügungen erlassen waren, gegen die Adjudicirung des Grundstücks, welchem Proteste sich der gleichzeitig bestellte interimistische Concurs-Curator anschloß.

Das Subhastationsgericht, das zugleich das zuständige Concursgericht, entschied dahin: daß das Grundstück ungeachtet der inzwischen erfolgten Insolvenzerklärung des Schuldners dem Käufer, der den Kaufpreis dem Gerichte eingezahlt habe, zu adjudiciren sei.

Auf die dagegen vom Curator erhobene Berufung wurde die amtsgerichtliche Entscheidung wieder aufgehoben und erkannt: daß das betreffende Grundstück dem weitern Verfahren zu unterwerfen sei, welches gesetzlich auf die Insolvenzerklärung des Schuldners stattfinde. Das reformatorische Urtheil ist damit kurz motivirt, daß die fragliche Subhastation mit etwaigen sonstigen gegen den Schuldner anhängigen Zwangsvollstreckungen durch die auf die Insolvenzerklärung erlassene allgemeine Verfügung (§. 610 der b. P.-O.) sistirt worden sei und die ange-

Digitized by Google

griffene Verfügung hiergegen einen ungerechtfertigten Widerspruch enthalte. —

Die practische Folge dieser in der Berufungsinstanz abgegebenen Entscheidung ist die: daß der Käufer des Grundstücks, der auf Grund des Gesetzes in völlig legaler Weise mit dem Subhastationsgerichte contrahirt hat, um den Betrag des eingezahlten Kaufpreises geprellt, die Concurs-Masse ohne allen Rechtsgrund mit seinem Schaden um den Betrag des eingezahlten Kaufpreises bereichert ist.

Das verkaufte Grundstück gehört, da der die Stelle der Tradition ersetzende Adjudicationsact nicht erfolgt ist, noch zur Concurs-Masse; nicht weniger ist der an das den Schuldner vertretende Subhastationsgericht gezahlte Kaufpreis aus dem Vermögen des Käufers in das des Schuldners unzweifelhaft übergegangen.

Zwar steht dem Käufer selbstverständlich frei, als Concursgläubiger sein Interesse mit der actio emti zu verfolgen; — cfr. auch Bayer, Concursproceß Seite 85, — allein — was wird ihm das in den meisten Fällen der insolventen Concursmasse gegenüber helfen, da ihm betreffs seines Anspruchs ein Vorzugrecht den Rechten nach nicht zusteht, der Anspruch vielmehr lediglich chirographarischer Natur ist.

In den bei weitem meisten Fällen pflegt das gezahlte Kaufgeld sofort im Einzahlungstermine unter die wachgerufenen hypothekarischen Gläubiger, sei es nach Abgabe eines Vertheilungsurtheils mit deren Einwilligung, sei es — wie regelmäßig der Fall — auf Grund einer zwischen den Gläubigern bezüglich der Priorität getroffenen Vereinbarung, zur Vermeidung von Zinsenverlust und Deponirungskosten, vertheilt zu werden; das Kaufgeld wird also meistens zur Zeit der Insolvenzerklärung sich nicht mehr im Vermögen des Schuldners befinden, ist vielmehr an vielleicht insolvente, jedenfalls zur Restitution nicht verpflichtete Gläubiger bereits vertheilt, die Concurs-Masse ist solchenfalls lediglich an hypothekarischen Schulden um den Betrag des Kaufpreises erleichtert. Selbst wenn aber auch das Kaufgeld im Einzahlungstermine nicht sofort vertheilt, vielmehr einstweilen in's Depositum abgeführt ist: was wird solches dem Käufer bei der chirographarischen Natur seines Anspruchs viel

Digitized by Google

nützen? im günstigen Falle wird er in Concurrenz mit den übrigen chirographarischen Gläubigern einen Bruchtheil des gezahlten Geldes aus der Concurs-Masse wieder herausbekommen!

Man hat wohl behauptet: es liege in der Hand des Käufers, sich gegen solche Consequenzen zu schützen, er könne die Adjudication „Zug um Zug" verlangen, auch sonst durch angemessenen Vorbehalt bei Berichtigung des Kaufgeldes sich vor Schaden wahren.

Allein — wie steht es um diese Behauptungen bei genauerer Prüfung? Der §. 564 der b. P.-O. schreibt klar und unzweideutig vor, daß *nach* geleisteter Zahlung des Kaufgeldes dem Käufer das erstandene Grundstück durch ein *Adjudicationsdecret* eigenthümlich überwiesen werden soll. Damit ist der Begriff „Zug um Zug" nothwendig ausgeschlossen. Der Käufer soll erst zahlen, *danach* soll das Adjudicationsdecret ausgefertigt werden; das Adjudiciren ist ein *schriftlicher Act*; der Richter hat das Decret im Concepte zu entwerfen, danach es mundiren zu lassen, danach es zu unterschreiben und untersiegeln zu lassen. Diese Manipulationen setzen nothwendig ein intervallum voraus, in welchem, wenn es auch noch so kurz bemessen gedacht wird, eine Insolvenzerklärung des Schuldners, wie im vorliegendem Falle geschehen, und damit die Gefährdung des Käufers erfolgen kann. Bei dem gewöhnlichen Geschäftsgange wird zwischen der Zahlung und der Ausfertigung des Adjudicationsdecrets regelmäßig ein Zeitraum von mehreren Tagen liegen.

Welche „sonstige angemessene Vorbehalte, wodurch der Käufer sich vor Schaden wahren könne", sind aber denkbar? Abgesehen davon, daß das Gesetz von einer „unter Vorbehalt" geleisteten Zahlung nicht spricht, den Käufer vielmehr behuf Erlangung des Adjudicationsdecrets einfach verpflichtet „zu zahlen": welche practische Bedeutung könnte solchem Vorbehalte bei Geltendmachung des Anspruchs *gegenüber der insolventen Concursmasse* beigelegt werden? Wie ist es denkbar, daß durch einen *Vorbehalt* die chirographarische Natur des Anspruchs geändert, etwa vertragsmäßig bedungen werden könne, daß das Kaufgeld event. als Masseschuld zurückzuzahlen sei? wie könnte derartiges gültig stipulirt werden zu einer Zeit, wo

Digitized by Google

noch kein Concurs, keine Concursmasse, kein zur Vertretung der Concursmasse und zur Verpflichtung derselben legitimirter Contrahent vorhanden ist.

Diese Betrachtungen werden genügen, um darzulegen, daß wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts als den Vorschriften der Proceßordnung entsprechend anzusehen sein sollte, eine nicht abzuweisende Veranlassung für den Gesetzgeber vorliegen würde, zur Abwehr der dringendsten Gefährdung des materiellen Rechts im Wege der Gesetzgebung Remedur zu verschaffen; es würde Niemand im nothwendigen Subhastations-Verfahren Zahlung des Kaufpreises leisten können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, das Kaufgeld zu verlieren; dem ganzen Verfahren, nicht weniger dem damit in engster Verbindung stehenden Vertheilungsverfahren ohne Concurs (§§. 595 flgde. der b. P.-O.) würde damit der Boden entzogen sein.

Ich bin der Ansicht, daß unsere Gesetzgebung Anlaß zu der Entscheidung des Berufungsgerichts, deren practische Folgen im Obigen dargelegt sind, nicht giebt, daß vielmehr erhebliche Zweifel sich gegen die Richtigkeit des reformatorischen Urtheils erheben lassen.

Es steht zunächst unzweifelhaft fest, daß dem Käufer des Grundstücks, der mit dem den Schuldner auf Grund des Gesetzes vertretenden Subhastationsgerichte contrahirt hat, nach Bezahlung des Kaufpreises ein Rechts-Anspruch auf Contractserfüllung, d. i. auf Adjudicirung des Grundstücks gegen das Gericht an und für sich zusteht. (§. 564 der b. P.-O.) Es kann nur in Frage kommen, ob durch die in Folge der Insolvenzerklärung des Schuldners vom Concursgerichte zu erlassenden einstweiligen Verfügungen (§. 610 der b. P.-O.), nämlich:

a. durch den eintretenden Verlust der Dispositionsbefuguiß auf Seiten des Schuldners,

b. durch die eintretende Sistirung der gegen den Schuldner anhängigen Zwangsvollstreckungen

das Subhastationsgericht rechtlich behindert werde, seiner auf Grund des Gesetzes contractlich eingegangenen Verpflichtung nachzukommen.

Ich glaube, daß solche rechtliche Behinderung weder

Digitized by Google

aus dem einen noch aus dem andern Grunde anzunehmen und daher das Gericht verpflichtet sei, in Gegenleistung des in Empfang genommenen Kaufpreises zu adjudiciren.

ad a. Bereits mit der zum Zweck der zwangsweisen Subhastation erfolgten Beschlagnahme des Grundstücks durch den Grichtsvogt (§. 557. 550 der b. P.-O.) hat der Schuldner die Dispositionsbefugniß betreffs des Grundstücks verloren; es ist dieser Verlust eben mit die nothwendige Voraussetzung für die Thätigkeit des Subhastationsgerichts; nicht nur ungeachtet dieses Verlustes, sondern — man kann sagen — in Folge dieses Verlustes der Dispositionsbefugniß ist das Subhastationsgericht ermächtigt, die Subhastation des Grundstücks einzuleiten, den Zuschlag zu ertheilen, das Kaufgeld in Empfang zu nehmen und unter die Gläubiger zu vertheilen, und das Grundstück dem Käufer zu adjudiciren. Es folgt hieraus: einmal, daß der mit der Insolvenzerklärung verbundene allgemeine Verlust der Dispositionsbefugniß an dem Rechtszustande nichts ändern kann, weil betreffs des in Frage stehenden Grundstücks der Schulder schon früher die Dispositionsbefugniß verloren hatte; sodann: daß, auch abgesehen davon, der Verlust der Dispositionsbefugniß auf Seiten des Schuldners der durch das Gesetz geregelten Thätigkeit des Gerichts bezüglich der Subhastirung und insbesondere auch der Adjudicirung überall kein rechtliches Hinderniß bereitet.

ad b. Zweifelhafter kann es allerdings erscheinen, ob nicht die verfügte Sistirung der Zwangsvollstreckungen der fernern Thätigkeit des Subhastationsgerichts betreffs der Adjudicirung eine rechtliche Schranke setze.

Nimmt man den Begriff „Zwangsvollstreckung" im weitesten Sinne, so daß darunter das ganze desfalls vorgeschriebene, im V. Theile der b. P.-O. sub III geregelte Proceßverfahren zu begreifen, so wird allerdings auch der Subhastationsact unter den Begriff „Zwangsvollstreckung" fallen.

Es erscheint aber im Hinblick auf den Zweck der verordneten Sistirung der Zwangsvollstreckungen nicht nothwendig, dem Begriff in diesem weitesten Sinne zu nehmen. Zweck der vorgeschriebenen Sistirung der Zwangsvollstreckungen ist offenbar kein anderer, als zu verhüten: daß bei dem entstehenden

Digitized by Google

concursus creditorum einzelne Gläubiger noch aus einzelnen Vermögens-Objecten des Schuldners zum Nachtheil ihrer Mitgläubiger sich bezahlt machen und dadurch der demnächstigen prioritätsmäßigen Vertheilung der Activ-Masse vorgreifen. Wenn nun zur Zeit der Insolvenzerklärung (oder — was hier gleichbedeutend — des eröffneten Concurses) das Zwangsvollstreckungsverfahren inzwischen so weit vorgeschritten ist, daß das in Pfand genommene Grundstück bereits verkauft, der Kaufpreis vom Käufer eingezahlt und in das Vermögen des durch das Subhastationsgericht vertretenen Schuldners übergegangen ist, so wird jener Zweck vollständig dadurch erreicht, daß der gewonnene Erlös nicht unter die beim Zwangsvollstreckungsverfahren betheiligten Gläubiger ohne weiteres vertheilt, vielmehr demnächst an die Concurs-Masse abgeliefert wird. Es würde aber über den erstrebten Zweck hinausgehen, wenn das Subhastationsgericht, eine öffentliche Behörde, die solchenfalls ohne allen Rechtsgrund die Concursmasse um das in Empfang genommene Aequivalent bereichern würde, im schreiendsten Verstoß gegen die bona fides behindert sein sollte, die dem Käufer gegenüber durch Empfangnahme des Aequivalents übernommene Verpflichtung zu erfüllen. Materiell ist die eingeleitete Zwangsvollstreckung mit der Einzahlung und Empfangnahme des erzielten Erlöses beendigt; der Act der Adjudication ist lediglich der formelle zwischen dem Käufer und dem Gerichte vorzunehmende Abschuß des Geschäfts, dessen Vornahme erforderlich ist, um das erzielte Resultat der Zwangsvollstreckung rechtlich zu sichern, ein Act, der ein rechtlich begründetes Interesse der Gläubiger oder des Schuldners überall nicht gefährdet. Der Adjudikationsact kann als die rechtlich nothwendige Folge der bereits vor der Sistirung materiell zum Abschluß gelangten Zwangsvollstreckung bezeichnet worden.

Ist diese Auffassung überhaupt nur rechtlich möglich, so muß ihr vor der andern Auffassung, bei welcher man dem Gesetzgeber die Absicht beilegen müßte, den Käufer des Grundstücks in der oben gezeigten, dem materiellen Rechte offenbar hohnsprechenden Weise zu verletzen, nach bekannter Rechtsregel der Vorzug gegeben worden.

Specielle aus der b. P.-O. entnommene Anhaltspunkte

Digitized by Google

für diese Auffassung scheinen auch die besondern Bestimmungen der b. P.=O. im §. 598 — Antrag der bei dem Zwangsvollstreckungsverfahren betheiligten Gläubiger auf Ueberweisung des Erlöses der Zwangsvollstreckung zur prioritätsmäßigen Vertheilung — §. 613 alin. 2. — Befugniß zur Fortsetzung der noch nicht beendigten Vollstreckungshandlungen aus Zweckmäßigkeitsrücksichten — zu gewähren.

Es mag schließlich noch erwähnt werden, daß im oben angeführten Falle der Versuch gemacht ist, eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes im Wege der Nichtigkeits=Beschwerde im Interesse des Gesetzes zu erwirken, die Kronanwaltschaft des Obergerichts auch die Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde befürwortet, die Kronoberanwaltschaft jedoch die Erhebung derselben abgelehnt hat, „weil, wenn sie sich auch sonderlich aus den im amtsgerichtlichen Berichte dargelegten — im Wesentlichen oben wieder gegebenen — Gründen zu der Ansicht des Gerichts erster Instanz hinneige, sich auch für die Auffassung des Obergerichts ohne Frage manches sagen lasse.“ —

Digitized by Google

II.

Entscheidungen des Straf- bezw. Cassations-Senates des Königlichen Oberappellationsgerichts.

Mitgetheilt vom O.-A.-R. v. Düring.

1. Zum §. 141 Abs. 1 der rev. Strafproceßordnung, wonach das Verfahren vor den erkennenden Gerichten in fortwährender Gegenwart aller zur Entscheidung berufenen Personen u. s. w. stattfinden soll.

(Vergl. Magazin N. F. Bd. IV. p. 114.)

In der vor dem Schwurgerichtshofe zu Celle verhandelten Untersuchungssache wider den Gastwirth Lange daselbst wegen betrüglichen Schuldenmachens und Meineides hatten sich die Geschworenen zur Fällung des Wahrspruches in ihr Berathungszimmer zurückgezogen. Als sodann der Wache habende Sections-Commandant anzeigte, daß die Geschwornen ihre Berathung beendigt, ließ der Präsident, nachdem eine Zeitlang vergeblich auf den Kronanwalt, welcher sich entfernt hatte, gewartet war, die Geschwornen in den Sitzungssaal eintreten und ihre Plätze wieder einnehmen. Als nun der Obmann der Geschworenen sich erhob, um den Wahrspruch zu verkünden, bedeutete indeß der Präsident demselben, daß solches bei der Abwesenheit des Kronanwaltes annach unthunlich sei, gestattete vielmehr die Fortsetzung der Verhandlung erst, nachdem der Kronanwalt sich wiedereingefunden hatte.

Auf diesen durch das Sitzungsprotocoll constatirten Vorgang stützte der Angeklagte die Nichtigkeitsbeschwerde wider das ihn zu einer 2½jährigen Zuchthausstrafe verurtheilende Erkennt-

Digitized by Google

niß des Schwurgerichtshofes, weil das Verfahren, der Vorschrift des §. 141 der Strafproceßordnung zuwider, nicht in fortwährender Gegenwart des Staatsanwaltes stattgefunden habe, indem sowohl die Ordre des Präsidenten, die Geschworenen in den Sitzungssaal eintreten zu lassen, als auch die Weisung an den Obmann derselben, mit der Verkündigung des Wahrspruchs annoch zu warten, in Abwesenheit des Kronanwaltes ergangen sei. Die Vorschrift des §. 141 cit. erstrecke sich offenbar auf das „ganze" Verfahren vor dem erkennenden Gerichte. Die Sitzung werde durch das Abtreten der Geschwornen in das Berathungszimmer nicht aufgehoben, nur die öffentliche Verhandlung unterbrochen. Diese aber beginne ohne Zweifel wieder mit der Verordnung des Präsidenten, daß die Geschwornen wieder eintreten können oder sollen. Es bilde also diese Ordre sowie die Weisung an den Obmann einen Theil des Verfahrens und der Verhandlung. Dieselbe sei auch sonst von den Präsidenten der Schwurgerichtshöfe nie ertheilt, bevor nicht das ganze Gericht sammt Kronanwalt und Secretair anwesend gewesen.

Der Straffenat verwarf jedoch, dem Antrage der Kron-Oberanwaltschaft gemäß, die Nichtigkeitsbeschwerde mittelst Urtheils vom 24. October 1865 aus folgenden Gründen:

Die der Querel zu Grunde gelegte Bestimmung des §. 141 Abs. 1 der Str.-Pr.-O., nach welcher das Verfahren vor den erkennenden Strafgerichten bei Strafe der Nichtigkeit in fortwährender Gegenwart aller zur Entscheidung berufenen Personen, des Staatsanwaltes und des Gerichtschreibers stattfinden soll, bezielt ihrem Begriffe nach nur solche Acte des Processes, welche als Theil der mündlichen Verhandlung eine Vornahme vor dem Gerichte überhaupt erfordern. Dazu sind der Natur der Sache nach diejenigen Anordnungen des Gerichtsvorsitzenden nicht zu zählen, welche derselbe für sich allein zu treffen befugt ist und lediglich in mündlicher oder schriftlicher Eröffnung an die Betheiligten über die Zeit der Vornahme oder Wiederaufnahme der mündlichen Verhandlung bestehen.

Mit dem Zeitpunkte, wo dem vorliegenden Sitzungsprotocolle zufolge die Geschworenen behuf Fällung des Wahrspruches in das Berathungszimmer sich zurückgezogen, trat eine noth-

Digitized by Google

wendige Unterbrechung des Verfahrens vor dem Gerichte, eine Unterbrechung der Sitzung ein. Das Verfahren vor dem Gerichte hatte erst dann wieder seinen Fortgang zu nehmen, nachdem der Präsident solches ausdrücklich oder thatsächlich zu erkennen gegeben. Die den Wiedereintritt der Geschwornen in den Sitzungssaal anordnende Verfügung des Präsidenten, vorausgesetzt, daß es einer solchen, der Bestimmung des §. 197 der Str.-Pr.-O. gegenüber, wonach „nach beendigter Abstimmung die Geschwornen in den Sitzungssaal zurückkehren und ihre Plätze einnehmen" überall bedurfte, kann lediglich als eine die Fortsetzung der Verhandlung betreffende vorbereitende Eröffnung der obigen Art, nicht aber als ein vor besetztem Gerichte vorzunehmender Act des Verfahrens angesehen werden.

Aber auch die nach Wiedereintritt der Geschworenen in den Sitzungssaal vorgekommene Aeußerung des Präsidenten, durch welche er die Fortsetzung des Verfahrens bis zur Zurückkunft des abwesenden Staatsanwaltes verschob, fällt um so mehr in die Kategorie von Präsidialverfügungen der obigen Art, als sie ein Entgegenhandeln wider die, die fortwährende Gegenwart der betreffenden Personen bei der Verhandlung selbst erfordernde Bestimmung des §. 141 cit. eben durch die Eröffnung, daß der Zeitpunkt für die Fortsetzung der Verhandlung noch nicht erschienen, zu hindern suchte.

---

2. Entscheidung des Straffenates, veranlaßt durch eine den Zustand der Nothwehr betreffende schwurgerichtliche Frageſtellung.

Der Dienstknecht Risch aus Dreeke war vor dem Schwurgerichtshofe zu Hannover in Gemäßheit des Verweisungsurtheils der Anklagekammer des Verbrechens der ausgezeichneten Körperverletzung (Art. 244 III. des Cr.-G.-B.) dahin angeklagt:

daß er schuldig sei, am 17. April 1865 mit rechtswiedrigem Vorsatze, wobei jedoch die Absicht auf einen tödtlichen Erfolg überall nicht gerichtet war, den Dienstknecht H. Dentrick durch Verwundung mit einem Messer dergestalt an seinem Körper be-

Digitized by Google

schädigt zu haben, daß dadurch die Tödtung des Beschädigten bewirkt worden.

Nach dem Schluße der Verhandlung, bei welcher der Angeklagte der ihm zur Last gelegten That im Uebrigen geständig war, sich jedoch auf Nothwehr berief, wurden den Geschwornen außer der der Anklageformel sich wörtlich anschließenden Hauptfrage und einer zweiten, die Begebung der That in der Hitze des Affectes (Art. 242 I. B. des Cr.-G.-B.) betreffenden Frage[1]), noch eine dritte für den Fall, daß die erste Frage mit dem Zusatze „jedoch in Ausübung der Nothwehr" bejahet werden sollte, zu beantwortende Frage dahin vorgelegt:

Liegt ein Exceß der Nothwehr vor?

Nachdem die Geschwornen sämmtliche drei Fragen, und zwar die erste Frage mit dem Zusatze „in Ausübung der Nothwehr" bejaht hatten, und Seitens der Kronanwaltschaft eine dreijährige Arbeitshausstrafe, Seitens der Vertheidigung dagegen principa-

---

[1]) Ob diese Frage nach den Vorschriften des §. 194 vorletzt. Abs. der Str.-Pr.-O. zur Zuständigkeit der Geschwornen gehört haben würde kann zweifelhaft sein. Die nach Art. 242 I B im Falle der nicht vorbedachten Körperverletzung bei Zumessung der Strafe zu berücksichtigenden Umstände bilden, in gleicher Weise wie die bei der vorbedachten Körperverletzung zu beachtenden Umstände und der Unterschied zwischen dem vorbedachten und nicht vorbedachten Entschlusse selbst, innere Strafzumessungsgründe, welche an sich den Richter noch nicht berechtigen würden, unter die gesetzlich bestimmten Grenzen der angedroheten Strafen hinabzugehen. Letzteres ist nur dann stattnehmig, wenn daneben „besonders mildernde Umstände" vorliegen, über deren Vorhandensein in Ermangelung einer im Gesetze geschehenen ausdrücklichen und bestimmten Bezeichnung der hierher gehörenden Thatsachen an sich ebenfalls das Gericht zu entscheiden haben würde. Da indeß das Dasein „besonders mildernder Umstände" nicht bei der Körperverletzung überhaupt, sondern nur in den unter I B des Art. 242 speciell hervorgehobenen Fällen der nicht vorbedachten Körperverletzung den Richter zum Hinabgehen unter das gesetzliche Strafminimum ermächtigt, so würden allerdings, wenigstens insofern das Letztere ermöglicht werden soll, jene speciellen Thatumstände als zu den im Strafgesetze besonders hervorgehobenen mildernden Umständen (leichteren Fälle), unter deren Voraussetzung dem Richter gestattet ist, die Strafe unter den regelmäßigen Strafgrad hinabzusetzen, gehörend, durch die Geschwornen festzustellen sein.

Digitized by Google

liter Freisprechung, eventuell eine Gefängnißstrafe beantragt war, verurtheilte der Schwurgerichtshof den Angeklagten wegen des Verbrechens der vorsätzlichen ausgezeichneten Körperverletzung, begangen im Excesse der Nothwehr, zu einer zweijährigen Arbeitshausstrafe.

In der gegen dieses Urtheil an den Straffenat des O.-A.-Gerichtes verfolgten, auf den §. 221 Nr. 7 der Str.-Pr.-O. gestützten, Nichtigkeitsbeschwerde wurde des Näheren ausgeführt, daß nach den in den Bestimmungen der Art. 78 und 79 des Cr.-G.-B. enthaltenen Grundsätzen nicht schon jedes Ueberschreiten der faktisch richtigen Grenzen der Nothwehr als Verbrechen und strafbar erscheine, sondern nur dann, wenn dem Thäter diese Ueberschreitung entweder zum rechtswidrigen Vorsatze oder zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden könne, eine Frage, deren Prüfung unzweifelhaft zur Zuständigkeit der Geschwornen gehöre. Im vorliegenden Falle sei den Geschwornen überall nicht Gelegenheit gegeben, diese Frage substantiirt zu beantworten. Sie seien nur befragt, ob ein Exceß der Nothwehr, d. h. ein Ueberschreiten der Grenzen der Nothwehr an sich vorhanden sei, und diese Frage, aber auch nur diese Frage, hätten sie bejaht. Die Frage nach der Zurechnung des Excesses habe gar nicht von ihnen beantwortet werden können. Dagegen lasse sich auch nicht einwenden, daß bei der ersten Frage auch diese Frage mitgeprüft und beantwortet sei. Indem die Geschwornen die erste Frage mit: „Ja, in Ausübung der Nothwehr" beantwortet, sei dieselbe, wenigstens in Ansehung der Behauptung „des rechtswidrigen Vorsatzes," negirt; denn wo wirkliche rechte Nothwehr vorhanden sei, da könne insoweit nicht rechtswidriger Vorsatz sein. Da Fahrlässigkeit ebenso wenig bejahet worden, so sei über die Zurechnung der Nothwehrhandlung an sich, insbesondere aber des Ueberschreitens der Grenzen der Nothwehr, in sämmtlichen drei Fragen Nichts entschieden, und liege somit eine strafbare Handlung überall nicht erwiesen vor. Wolle man aber auch einwenden, daß durch die Beantwortung der ersten Frage jedenfalls der äußere Thatbestand der Körperverletzung mit tödlichem Erfolge festgestellt, durch die Beantwortung der dritten Frage entschieden sei, daß ein im Allgemeinen zuzurechnender Exceß vorliege — eine Annahme die indeß gegen

Digitized by Google

den Grundsatz: in dubio pro reo direct verstoßen würde — so bleibe doch, da der rechtswidrige Vorsatz bei der ersten Frage verneint sei, nur Fahrlässigkeit übrig, so daß höchstens wegen fahrlässiger Körperverletzung auf eine Gefängnißstrafe habe erkannt werden können, weil das vorsätzliche Verbrechen, wie hier geschehen, nur mit Arbeitshaus zu ahnden gewesen wäre.

Obwohl die Kron-Oberanwaltschaft die Erheblichkeit der Nichtigkeitsbeschwerde anerkannt, wurde die letztere jedoch vom Straffenate mittelst Urtheils vom 13. Nov. 1866 aus folgenden Gründen verworfen:

Die nach Inhalt des Art. 79 des Cr.-G.-B. als strafbare Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr überhaupt nur in Betracht kommende Tödtung oder bedeutende Verletzung des Angreifers macht zwar den Selbstvertheidiger noch nicht ohne Weiteres für diese Folgen seiner Handlungsweise verantwortlich, vielmehr hängt die Strafbarkeit desselben von der nach den jedesmaligen Umständen zu beurtheilenden, und im schwurgerichtlichen Verfahren gleichfalls lediglich zur Zuständigkeit der Geschwornen gehörenden, Frage ab, ob ihm seine Handlung als eine aus rechtswidrigem Vorsatze oder nur aus Fahrlässigkeit entstandene strafbare That oder etwa überhaupt nicht anzurechnen sei.

Durch den Wahrspruch der Geschwornen ist nun zunächst zweifellos festgestellt, daß der Angeklagte zwar in Ausübung der Nothwehr, jedoch im Excesse derselben, den Dienstknecht Dentrick mit Vorsatz und in der Hitze des Affectes durch Verwundung mit einem Messer dergestalt an seinem Körper beschädigt habe, daß dadurch die indeß überall nicht beabsichtigte Tödtung des Beschädigten bewirkt wurde. Allein auch der Ausspruch, daß dem Angeklagten, indem er auf die gedachte Weise die Grenzen erlaubter Nothwehr überschritt, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seine Handlungsweise beigewohnt habe, ist in dem Verdicte der Geschwornen mit Grunde nicht zu vermissen. Da nämlich die Geschwornen die ihnen vorgelegte Hauptfrage ihrem ganzen Wortumfange nach, mit „Ja" beantwortet haben, so würde die Annahme, daß auch das in der Hauptfrage enthaltene, für das zur Beantwortung verstellte Verbrechen begriffswesentliche Merkmal des Handelns aus rechtswidrigem Vorsatze mit bejahet sei, nur dann unberechtigt erscheinen, wenn es die Ab-

Digitized by Google

sicht der Geschworenen gewesen wäre, durch den Zusatz „in Ausübung der Nothwehr" das Vorhandensein einer die strafrechtliche Zurechnung ausschließenden rechten Nothwehr zu constatiren. Daß dies aber nicht ihre Absicht war, ergiebt sich zweifellos aus der Beantwortung der ihnen vorgelegten eventuellen dritten Frage. Indem die Geschwornen diese, die Möglichkeit einer zugleich mit der Bejahung der Hauptfrage auszusprechenden Annahme eines an sich legitimirten Zustandes der Nothwehr, andrerseits aber auch den Verdacht eines durch Verübung des den Gegenstand der Hauptfrage bildenden Verbrechens begangenen Excesses der Nothwehr berücksichtigende, und daher mit der Hauptfrage in unzertrennlichem Zusammenhange stehende eventuelle Zusatzfrage schlechthin bejaheten, betrachteten sie offenbar den der Bejahung der Hauptfrage beigefügten Zusatz als unzertrennlich von ihrer Beantwortung der dritten Frage.

Sie wollten daher mit den Worten „in Ausübung der Nothwehr" nicht sowohl eine allen Voraussetzungen strafloser Selbstvertheidigung entsprechende rechte Nothwehr, sondern eben nur eine solche Ausübung der Nothwehr constatiren, welche, wie die Beantwortung der dritten Frage ergiebt, eben auch einen Exceß in sich schließt. Da nun aber mit einer solchen überschrittenen Nothwehr das Bewußtsein des Selbstvertheidigers der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise keineswegs unvereinbar erscheint, so kann nicht angenommen werden, daß die Geschwornen das durch die im Uebrigen unbeschränkte Bejahung der Hauptfrage zunächst mit bejahete Moment des rechtswidrigen Vorsatzes durch den mehrerwähnten Zusatz implicite wiederum verneint haben. Wäre es die Absicht der Geschwornen gewesen, daß dem Angeklagten die im Excesse der Nothwehr verübte That nicht zu dem in der Hauptfrage vorausgesetzten rechtswidrigen Vorsatze, sondern nur zur Fahrlässigkeit oder etwa überhaupt nicht zuzurechnen sei, so war zu erwarten, daß sie dieser ihrer Ansicht durch einen die Hauptfrage insoweit beschränkenden Zusatz zu ihren Antworten Ausdruck gegeben hätten, worin sie auch durch die Art der Fragestellung nicht behindert waren.

Da nun nach Inhalt des Cr.-G.-B. der Exceß der Nothwehr kein mit besonderer Strafe bedrohetes Verbrechen bildet, vielmehr eine in strafbarer Ausübung der Nothwehr begangene

Digitized by Google

Tödtung oder bedeutende Verletzung des Angreifers stets nur als dasjenige vorsätzliche oder fahrlässige Verbrechen erscheint, zu welchem es der Thatbestand nach den allgemeinen Bestimmungen über Tödtungen der schweren Körperverletzungen qualificirt, nun aber die durch den Wahrspruch der Geschwornen festgestellte That das im Excesse der Nothwehr verübte Verbrechen der Körperverletzung mit tödtlichem Erfolge enthält, bei welchem der Zustand der Nothwehr nur als ein innerhalb der gesetzlichen Straf-Grenzen zu berücksichtigender Milderungsgrund sich darstellt, mithin auch durch die erkannte zweijährige Arbeitshausstrafe das höchste Maß der für jenes Verbrechen angedrohten Strafe keineswegs überschritten ist, so erscheint der aus der Nr. 7 des §. 221 der Str.-Pr.-O. entnommene Nichtigkeitsgrund nicht zutreffend.[2])

---

[2]) Auch bei der Berathung des Gerichts konnten die aus der Fragestellung und deren Beantwortung sich ergebenden Zweifel nicht ganz verkannt werden. Wenn die etwaige Annahme einer Nothwehr durch die Geschwornen nicht zum Gegenstande einer ihnen vorgelegten besonderen Frage gemacht war, so kann immerhin zugegeben werden, daß es einer hierauf gerichteten besonderen Frage nicht nothwendig bedurfte, weil es sich dabei um einen die strafrechtliche Zurechnung betreffenden Umstand handele, diese aber wiederum durch die Frage ob schuldig? mitumfaßt werde, und die Geschwornen daher bei etwaiger Annahme einer Nothwehr auch ohne eine hierauf gerichtete besondere Frage in der Lage seien, die Hauptfrage entweder einfach zu verneinen oder doch mit dem Zusatze „jedoch in Ausübung der Nothwehr“ zu bejahen. Dennoch möchte es sich namentlich mit Rücksicht auf die bei etwaigem Excesse der Nothwehr in Betracht kommenden Eventualitäten, zur Erzielung einer richtigen Auffassung bei den Geschwornen und Vermeidung von Irrungen und Unzuträglichken bei der Beantwortung der Fragen empfehlen (vergl. auch das General-Rescript der Kron-Oberanwaltschaft an die Kronanwaltschaften vom 20. Juni 1863. Magazin Bd. V. S. 131), im Falle der Zustand der Nothwehr indicirt erscheint, und namentlich wenn andererseits der Verdacht eines Excesses der Nothwehr besteht, die Verübung aus Nothwehr mit den einen Exceß betreffenden Eventualitäten zum Gegenstande specieller getrennter Fragen zu machen. Einsender, als Präsident des Schwurgerichtes häufiger in der Lage, die Nothwehrfrage bei der Fragestellung berücksichtigen zu müssen, pflegt in solchem Falle der Hauptfrage etwa folgende eventuelle Fragen hinzuzufügen;

Digitized by Google

3. Finden die Vorschriften des Art. 143 des Criminalgesetzbuches auch auf Beleidigungen Anwendung, welche Geistlichen während der Ausübung ihres Amtes oder in Beziehung auf dasselbe widerfahren?

Am $^{23}/_{27}$. December 1864 beschuldigte die Kronanwaltschaft des Königlichen Obergerichts zu Hameln den Vollmeier K. zu Kirch-Obsen einer, am 26. August 1864 im Pfarrhause zu Obsen durch Beleidigung des Pastors S. daselbst, während der Ausübung seines Amtes in einer Sitzung des Schulvorstandes, verübten Amtsehrenbeleidigung. Die Strafkammer des Obergerichts Hameln nahm das dem K. zur Last gelegte Verbrechen als erwiesen an und verurtheilte denselben zu einer 3wöchentlichen Gefängnißstrafe, auch in die Kosten. Auf die von dem Beschuldigten erhobene Berufung sprach indeß die Berufungskammer des Obergerichts Hannover denselben am 15. Februar v. J. von der Beschuldigung der Amtsehrenbeleidigung frei, weil sie die oben aufgeworfene Frage verneinen und daher lediglich eine nach Art. 264 und 265 II. des Cr.-G.-B. zu ahndende Privatinjurie annehmen zu müssen glaubte.

Die Kron-Oberanwaltschaft erhob gegen das Urtheil Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes; der Cassationssenat entschied:

Befand sich der Angeklagte bei Verübung der in der Frage 1. gedachten That im Zustande der Nothwehr?

Hat der Angeklagte dabei die Grenzen der Nothwehr überschritten?

Ist dem Angeklagten die qu. im Excesse der Nothwehr verübte That zuzurechnen als entstanden

aus rechtswidrigem Vorsatze

oder

aus Fahrlässigkeit?

wobei denn den Geschwornen erläutert ist, daß die erste (Haupt)frage zwar ohne Rücksicht auf den behaupteten Zustand der Nothwehr zu prüfen und zu beantworten sei, andrerseits aber auch eine unbeschränkte Bejahung der Hauptfrage einer Bejahung bezw. Verneinung der damit in unzertrennlichem Zusammenhange stehenden eventuellen Fragen nicht präjudicire. Durch eine derartige besondere Fragestellung wird, wie Einsender gefunden, die den Geschwornen obliegende Constatirung der für die Nothwehr in Betracht kommenden Thatumstände wesentlich erleichtert.

Digitized by Google

Nach der Begriffsdefinition, welche der Art. 143 des Criminal Gesetzbuches von dem dort so bezeichneten Verbrechen der Beleidigung des Amtsehre giebt, unterliegen denselben nur solche Ehrenkränkungen, welche dem Träger eines öffentlichen Amtes während der Ausübung desselben oder in Beziehung auf dasselbe widerfahren.

Der Ausdruck „öffentliches Amt," „öffentlicher Diener" hat nun weder an dieser Stelle, noch wo er sonst im Criminal-Gesetzbuche vorkommt, eine nähere Erläuterung erhalten. Indeß würde derselbe keine besondere Schwierigkeiten bieten, wenn er unbedingt in der natürlichen Bedeutung des Wortes aufgefaßt werden dürfte, wonach darunter, im Gegensatze zum Privatdienste, jede für die Erfüllung bestimmter, öffentlicher Zwecke oder für die Bedürfnisse des Publicums berechnete, fortdauernde Wirksamkeit zu verstehen sein würde, deren Ausübung eine besondere, vom Inhaber der Staatsgewalt unmittelbar oder mittelbar ausgehende, öffentliche Anstellung oder Ermächtigung voraussetzt. Daß jedoch der Ausdruck in diesem weiteren Sinne nicht aufgefaßt werden darf, geht schon aus den Bestimmungen der Art. 150 bezw. 341 des Criminal-Gesetz-Buches hervor, indem die dort erwähnten Functionen und Personen den öffentlichen Aemtern bezw. öffentlichen Dienern und zwar lediglich in den hervorgehobenen Beziehungen nur gleichgeachtet werden sollen, obwohl doch ohne Zweifel jene Ausdrücke in der natürlichen Bedeutung des Wortes auch auf sie zutreffen.

Der fragliche Ausdruck hat hiernach allerdings eine technische Bedeutung, bei deren Auffindung indeß weder die Wissenschaft des gemeinen Rechtes, noch die frühere Gesetzgebung unseres Landes, noch die Geschichte des Criminal-Gesetz-Buches einen sicheren Anhaltspunkt gewährt.

Eine Vergleichung der dem Criminal-Gesetz-Buche vorangehenden Gesetzgebung ergiebt freilich, daß die Ausdrücke „öffentliches Amt," „öffentlicher Dienst" und „Staatsamt" promiscue und anscheinend gleichbedeutend gebraucht, nicht minder ein und dieselben Personen bezeichnet werden als Staatsdiener — der bei Weitem gewöhnlichere Ausdruck — Staatsbeamte, öffentliche Diener, öffentliche Beamte, Königliche Diener. Eine nähere Betrachtung der Geschichte und der verschiedenen Ent-

Digitized by Google

wickelungs-Perioden des Criminal-Gesetz-Buches selbst dagegen ergiebt, daß der im Jahre 1826 herausgegebene, und auch noch der revidirte Entwurf mit der bayerischen Strafgesetzgebung in verschiedenen Artikeln zwischen „Staatsbeamten" und „öffentlichen Dienern" unterschied, ohne daß freilich das Moment, wodurch die beiden Begriffe sich unterscheiden, aus dem Entwurfe zu entnehmen war. In seiner heutigen Gestalt kennt das Gesetz jenen Gegensatz nicht mehr, indem derselbe nicht nur da, wo er sich vorfand, getilgt, sondern auch theils schon bei den verschiedenen Umarbeitungen des Entwurfes durch die Stände, theils bei der Final-Redaction fast durchweg an die Stelle des Ausdruckes „Staatsamt" bezw. „Staatsdiener" der offenbar umfassendere Ausdruck „öffentliches Amt," „öffentlicher Diener," „öffentliche Beamte" getreten ist, ohne daß freilich die Gründe für diese veränderte Wahl des Ausdruckes zu erkennen sind.

Führt somit die terminologische Untersuchung allein zu einem befriedigenden Ergebnisse nicht, so bleibt kaum etwas Anderes übrig, als sich bei der Auslegung des mit dem fraglichen Ausdrucke vom Gesetzgeber verbundenen Begriffes dennoch mindestens insoweit an die grammatische Bedeutung des Wortes zu halten, als nicht besondere Gründe entweder für die Erweiterung oder Beschränkung desselben sprechen.

Von diesem Standpunkte ausgehend, ergiebt eine nähere Prüfung der in Betracht kommenden Verhältnisse, insbesondere unter Berücksichtigung der in der Landesgesetzgebung herrschenden Terminologie, daß der criminalrechtliche Begriff von „öffentlichem Amte," abgesehen von den nach den bereits erwähnten Bestimmungen des Criminal-Gesetz-Buches dahin nicht zu rechnenden, lediglich zum Dienste des Publicums bestimmten Functionen (Art. 150, 341 II.), auch den Hofdienst, mindestens insoweit er nur als Leib- oder Privatdienst des Regenten und seiner Familie erscheint, nicht umfaßt, daß auch die Gemeindebeamten, mindestens insoweit sie nicht zum Staatsdienste gehörige Geschäfte wahrzunehmen haben, nicht als öffentliche Diener im Sinne des Criminal-Gesetz-Buches anzusehen sind, obwohl dieser Umstand mit Rücksicht auf die in den Art. 341 I., 143, 159 des Criminal-Gesetz-Buches enthaltenen und unbedenklich auch wohl auf die in den Art. 150—155 vorgesehenen Verbrechen anzu-

Digitized by Google

wendenden Bestimmungen von keiner practischen Bedeutung ist, daß andrerseits der criminalgesetzliche Begriff der öffentlichen Beamten sowohl die mittelbare, die niedere wie die höhere Staatsdienerschaft umfaßt.

Bei Weitem zweifelhafter erscheint dahingegen allerdings die Frage, ob auch das geistliche oder Kirchen-Amt unter den criminalgesetzlichen Begriff des „öffentlichen Amtes" zu subsumiren ist, und insbesondere die Dispositionen des Art. 143 auch auf Beleidigungen Anwendung finden, welche Geistlichen während der Ausübung ihres Amtes oder in Beziehung auf dasselbe widerfahren?

Kann zwar der Umstand, daß das geistliche Amt seinem Wesen und Zwecke nach mit vollstem Rechte als ein öffentliches Amt im natürlichen Wortverstande bezeichnet werden muß, dem früher Bemerkten zufolge nicht unbedingt entscheiden, so dürfte es doch andrerseits auch an genügenden Gründen fehlen, den criminalgesetzlichen Begriff des öffentlichen Amtes auf dasselbe für unanwendbar zu erklären. Allerdings finden sich unter den in den Art. 143, 145, 146, 147 genannten, den öffentlichen Dienern gleichgestellten Personen die Geistlichen nicht. Wenn indeß der gesetzliche Begriff des öffentlichen Amtes an sich schon auch auf dasjenige des Geistlichen zutreffen sollte, so kann die Nichthervorhebung des letzteren um so weniger befremden, als der Gesetzgeber sich zu einer näheren Specialisirung des Begriffes des öffentlichen Amtes nach den verschiedenen Classen der öffentlichen Beamten, wie solches in anderen Strafgesetzbüchern wohl geschehen ist, überhaupt nicht veranlaßt gefunden hat.

Dahingegen ist freilich zuzugeben, daß die Gesetzgebung unseres Landes, insbesondere auch die dem Criminal-Gesetz-Buche vorangehende, vielfach zwischen Kirchen- und Schuldienern einerseits und Staats- oder öffentlichen Dienern andrerseits unterscheidet. Allein es ist wohl kaum zu bezweifeln, daß diese zwischen den geistlichen und anderen Beamten unterscheidende, auch im gewöhnlichen Leben übliche Terminologie nicht sowohl den Zweck hat, damit einen den Begriff des „öffentlichen Amtes" auf das geistliche Amt für unanwendbar erklärenden Gegensatz hinzustellen, sondern lediglich

Digitized by Google

der Standes- und Berufs-Verschiedenheit der Geistlichkeit von dem weltlichen Beamtenstande entnommen, mithin selbst da, wo sich die Gesetzgebung zur Bezeichnung des letzteren statt des Wortes „Staatsdiener" des Ausdruckes „öffentliche Beamte" bedient, ein Mehreres nicht als den Gegensatz zwischen weltlichen und geistlichen Amte auszudrücken bestimmt ist.

Auch das angefochtene Urtheil scheint dem geistlichen oder Kirchenamte an sich den Character des öffentlichen Amtes nicht zu bestreiten. Allein es folgert aus der Stellung, welche das im Art. 143 des Criminal-Gesetz-Buches normirte Verbrechen der Beleidigung der Amtsehre im Systeme des Criminal-Gesetz-Buches unter den Verbrechen wider die Majestät und Würde des Staates erhalten hat einerseits, dagegen aus der verfassungsmäßigen selbstständigen Stellung der Kirche im Staate und aus dem Umstande, daß Ehrenkränkungen gegen Geistliche im 5. Capitel des Criminal-Gesetz-Buches unter den Verbrechen gegen die Religion eine specielle Berücksichtigung erfahren haben andrerseits, daß das Verbrechen der Beleidigung der Amtsehre lediglich auf Verletzungen der Würde weltlicher öffentlicher Aemter sich beziehe.

Abgesehen nun davon, daß eine derartige Beschränkung dem gemeinrechtlichen Begriffe der „öffentlichen Injurie" im eminenten Sinne, welchem im Wesentlichen auch die in unserem Criminal-Gesetz-Buche so bezeichnete „Beleidigung der Amtsehre" entspricht, fremd ist, indem es danach keinen Unterschied macht, ob die Beleidigung weltlichen oder geistlichen Beamten widerfährt, daß ferner in den Criminalgesetzen anderer Staaten, welche eine nähere Specialisirung des Begriffes der öffentlichen Beamten enthalten, denselben namentlich in Ansehung der ihnen während der Ausübung ihres Amtes, oder in Beziehung auf dasselbe widerfahrenen Beleidigungen auch die Geistlichen ausdrücklich beigezählt werden, dürfte indeß jene Argumentation keineswegs mit Nothwendigkeit zu dem daraus genommenen Resultate führen. Wenn der Gesetzgeber das Verbrechen der Beleidigung der Amtsehre in formeller Beziehung von dem Gebiete der Ehrenkränkungen (Cap. 10 des Cr.-G.-B.) abgesondert und in das Capitel „Von Verbrechen wider die Majestät und Würde des Staates" versetzt hat, so beruhet solches offenbar

Digitized by Google

auf der Anschauung, daß solche Beleidigungen, welche dem Beamten nicht als Individuum, sondern als Träger eines öffentlichen Amtes widerfahren, die Würde des letzteren selbst und, insofern die Ehre des einzelnen öffentlichen Amtes eben nur ein Ausfluß der Würde und Majestät des Staates ist, zugleich auch die Würde des Staates verletzen.

Diese Auffassung nöthigt aber noch keineswegs zu dem Schlusse, daß nur diejenigen öffentlichen Aemter, deren Beruf in der Mitwirkung bei Ausübung der Regierungsgewalt auf dem Gebiete des bürgerlichen und politischen Staatslebens, also in Wahrnehmung der zum Staatsdienste im eigentlichsten Sinne gehörigen Geschäfte besteht, dem im Art. 143 ausgesprochenen besonderen Schutze der Strafgesetze unterstellt seien.

Zu diesen Organen des Staates ist freilich das Kirchen-Amt nicht zu rechnen, indem die Kirche, als die zur Pflege des christlichen Lebens durch Lehre, Gottesdienst und Disciplin berufene Anstalt, wenn auch im Staate und unter dem Schutze desselben bestehend, doch jene ihre rechtliche Gestaltung und fernere Entwickelung nicht vom Staate, sondern nach göttlicher Anordnung aus dem Willen der christlichen Gemeinschaft zu empfangen und wenigstens bei voller Anerkennung durch den Staat, das Recht in Anspruch zu nehmen hat, ihre Angelegenheiten, wiewohl unter dem Oberaufsichtsrechte des letzteren, selbstständig durch ihre eigenen Organe zu ordnen und zu verwalten. Allein es ist bekannt, daß nicht nur die evangelische Kirche viel von ihrer ursprünglichen Selbstständigkeit verloren hat, indem selbst die überall auf den Landesherrn übergegangene Kirchengewalt in manchen Ländern anstatt durch kirchliche, vielmehr durch Staatsbehörden geübt wird, sondern auch in der katholischen Kirche das Oberaufsichtsrecht des Staates sich nicht selten in eine leitende Direction verwandelt hat. Aber auch da, wo, im hiesigen Lande, in der evangelischen Kirche verfassungsmäßig die Rechte der Kirchengewalt durch den Landesherrn, eventuell durch die vereinigten evangelischen Staatsminister, entweder unmittelbar oder mittelbar durch aus geistlichen und weltlichen Personen bestehende besondere Behörden (Consistorial-, Presbyterial-Behörden) unter Königlicher Oberaufsicht ausgeübt

Digitized by Google

werden (§§. 64—67 d. L.-V.-G.), und in der katholischen Kirche die Rechte des Landesherrn sich auf die ihm kraft der Staatsgewalt gebührende und unmittelbar oder mittelbar durch die von ihm dazu bestellten Behörden ausgeübte Oberaufsichtsrecht beschränken (§§. 64. 65. 68—70 d. L.-V.-G.), hat sich doch namentlich durch das dem Landesherrn der Regel nach allein und ohne Concurrenz der Kirche zustehende Besetzungsrecht der nicht bloß zur Ausübung der Kirchen-Regierung, sondern meistens gleichzeitig zur Wahrnehmung des staatlichen Oberaufsichts-, mitunter selbst des Jurisdictionsrechts berufenen Behörden und einzelnen Kirchenbeamten (Consistorien, General-Superintendenten, Superintendenten) das Verhältniß dieser letzteren allmählich so gestaltet, daß sie fast nur als landesherrliche Behörden oder Behörden und Beamte des Staates betrachtet werden und als solche handeln, mithin auf diese die Anwendbarkeit des Begriffs des öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 143 des Cr.-G.-B. wohl nicht zweifelhaft sein kann. Minder zweifellos mag dieses allerdings hinsichtlich derjenigen Kirchen-Aemter erscheinen, welche lediglich die Wahrnehmung des Gottesdienstes, die Verwaltung der Sacramente und andere Religionshandlungen zum unmittelbaren Zwecke haben, also des geistlichen oder Pfarramtes. Denn Alles, was diese Diener der Kirche ihrem Auftrage gemäß ausführen, thun sie im Namen der kirchlichen Gesellschaft; ihre Amtsverrichtungen sind als Handlungen der Kirche anzusehen und *insofern* erscheinen sie als Repräsentanten und *Organe der Kirche*, nicht des Staates oder des Regenten. Dieses ist freilich auf die Beurtheilung ihrer rechtlichen Verhältnisse, ihrer Rechte und Pflichten, ihre Anstellung und Entlassung von wesentlichem Einflusse, wie denn auch z. B. das Gesetz über die Verhältnisse der Königlichen Diener auf die Kirchendiener keine Anwendung findet, und sofern es sich um die Ahndung der *von ihnen* verübten *Amts*-Verbrechen oder Vergehen handelt, mag sich immerhin auch darüber streiten lassen, ob die Bestimmungen im 15. Capitel des Criminal-Gesetz-Buches über die strafbaren Dienstverletzungen der öffentlichen Beamten auf die Kirchen-Beamten Anwendung finden, zumal das Gesetz auf die besondern Amtsverbrechen des

Digitized by Google

geistlichen Standes gar keine Rücksicht nimmt, was doch andere neuere Gesetzgebungen thun.

Diese Verschiedenheit in den Rechtsverhältnissen der Beamten des Staates und der Kirche dürfte indeß völlig in den Hintergrund treten, wenn es sich um den Schutz des geistlichen Amtes und der damit verbundenen Amtswürde gegen strafbare Angriffe Dritter handelt.

Hier wird vielmehr überwiegend die Person dessen, der es verleihet und überhaupt die äußere Stellung in Betracht kommen, welche die Geistlichkeit im Staate und in der bürgerlichen Gesellschaft einnimmt und hinsichtlich deren sich allmählich eine so völlige Gleichstellung derselben mit den übrigen, öffentlichen Beamten vollzogen hat, daß die aus der Stellung des Verbrechens der Beleidigung der Amtsehre im Systeme des Criminal-Gesetz-Buches und aus der verfassungsmäßigen, selbstständigen Stellung der Kirche im Staate gegen die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Art. 143 des Cr.-G.-B. auf Verletzungen der Würde des geistlichen Amtes entnommenen Bedenken kaum noch Platz greifen dürften. Dieselbe Person, welche vermöge der ihr zustehenden Staatsgewalt die Beamten des Staates anstellt oder bestätigt, der Landesherr, ist es, welcher in Ausübung des Oberaufsichtsrechts des Staates, beziehungsweise der damit in seinen Händen sich vereinigenden Kirchengewalt, auch die geistlichen Aemter sowohl der katholischen als der evangelischen Kirche entweder unmittelbar oder durch die von ihm bestimmten Behörden zu verleihen oder doch deren Uebertragung zu bestätigen hat (§. 72 des L.-R.-G.). Diese nicht nur dem landesherrlichen Oberaufsichtsrechte, sondern auch bezüglich ihrer Organisation der Einwirkung der Staatsgesetzgebung mannichfach unterworfenen Behörden, denen in der Regel auch die Aufsicht und Disciplinargewalt über die Geistlichen zusteht, bilden aber entweder, wie das Ministerium der geistlichen Angelegenheiten, reine Staatsbehörden, oder doch, wie die aus geistlichen und weltlichen Personen zusammengesetzten Consistorien, wenigstens Kirchen- und Staatsbehörden zugleich. Dazu kommt noch, daß den Geistlichen außer den wesentlichen Rechten und Pflichten ihres Amtes vom Staate und zum Theil für unmittelbare Zwecke desselben noch manche andre Ge-

Digitized by Google

schäfte auferlegt zu sein pflegen, welche mit dem Predigtamte nicht nothwendig verbunden sind. Insbesondere aber tritt die äußere Gleichstellung der Beamten der Kirche mit derjenigen des Staates in den Standes- und Ehren-Rechten hervor, welche mit ihren Aemtern verbunden sind. Das hohe Interesse, welches auch der bürgerliche Staat an einem geordneten Kirchenwesen, an der mit der Wohlfahrt desselben so eng verbundenen sittlichen und religiösen Bildung und Veredlung der Unterthanen hat, die bedeutende Wichtigkeit des gerade auf diesem Gebiete seine Hauptaufgabe findenden, den Dienern der Kirche anvertraueten Amtes, wodurch sie sich um Kirche und Staat gleich sehr verdient machen können und somit wenigstens mittelbar auch den Zwecken des letzteren dienen, gewährt ihnen nicht minderen Anspruch auf öffentliche äußere Achtung und Ehre, wie den Beamten des Staates, um so mehr als vielfältig der Nutzen ihres Amtes davon abhängt. Daher stehen denn auch die Kirchenbeamten den Beamten des Staates nicht nur insofern völlig gleich, als sie sowohl für ihre Person wie für ihr Amt dieselbe Unverletzlichkeit und den gleichen ihnen verfassungsmäßig ausdrücklich zugesicherten Schutz ihrer Amtswürde (§. 73 des L.-V.-G.) zu genießen haben, sondern ihnen auch durch Verleihung eines nicht selten ausgezeichneten öffentlichen Ranges ein gleiches Repräsentationsrecht eingeräumt ist. Insofern nun aber diese auch dem geistlichen Amte gebührende öffentliche äußere Ehre (Amtswürde) nicht sowohl auf einer Verleihung der Kirche, welcher ihrem Wesen und Zwecke nach diese Idee an sich fremd ist, beruhet, sondern auf eine Verleihung durch die höchste Gewalt des Staates zurückzuführen ist, mithin gleichfalls als ein Ausfluß der Würde des Staates sich darstellt, trifft der gesetzgeberische Gedanke, welcher die Stellung des Verbrechens der Beleidigung der Amtsehre im Systeme des Criminal-Gesetz-Buches unter den Verbrechen wider die Majestät und Würde des Staates veranlaßt hat, eben sowohl auf die Verletzungen der Würde des geistlichen wie des weltlichen öffentlichen Amtes zu. Es würde daher das eben hieraus gegen die Anwendbarkeit des Begriffes des öffentlichen Amtes auf das geistliche Amt entnommene Bedenken selbst dann eines genügenden Grundes entbehren, wenn nicht der Gesetzgeber durch die Ausdehnung der

Digitized by Google

Bestimmungen des Art. 143 auf andere offenbar nicht zu den Repräsentanten und Organen des Staates gehörende Beamte und Personen außerdem zu erkennen gegeben hätte, daß die Stellung des Art. 143 im Systeme des Criminal-Gesetz-Buches für die Auslegung und Anwendung desselben nicht ausschließlich maßgebend sei.

Wollte man mit dem angefochtenen Urtheile das geistliche Amt zu den öffentlichen Aemtern im Sinne des Art. 143 cit. nicht rechnen, so würden consequenter Weise auch verschiedene andere im Systeme des Cr.-G.-B. gleichfalls unter den Verbrechen wider den Staat aufgeführte in Beziehung auf ein öffentliches Amt verübte Verbrechen, z. B. die betrügliche Anmaßung eines solchen (Art. 150), die Bestechung (Art. 151), die Amtserschleichung (Art. 153—155) gegen Geistliche und von ihnen begangen, als solche nicht betrachtet werden können, mithin straflos erscheinen, ein Resultat, welches schwerlich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben wird.

Läßt sich hiernach die Anwendbarkeit des criminalgesetzlichen Begriffs des Verbrechens der Beleidigung der Amtsehre auch auf solche Injurien, welche einem im öffentlichen Amte stehenden Geistlichen während der Ausübung desselben oder in Beziehung auf solches widerfahren, nicht füglich bestreiten, so fragt es sich doch schließlich, ob derartige Beleidigungen etwa aus dem Grunde den Strafbestimmungen des Art. 143 cit. entzogen sind, weil dieselben im 5. Capitel des Criminal-Gesetz-Buches unter den Verbrechen wider die Religion eine specielle Berücksichtigung erfahren haben.

Allerdings bedroht nun der Art. 194 des Criminal-Gesetz-B. unter der Ueberschrift „Störung des öffentlichen Gottesdienstes", Ehrenkränkungen, insonderheit thätliche, welche an einem Geistlichen während seiner Amtsverrichtungen verübt werden, mit Gefängniß, Arbeitshaus oder Zuchthaus. Indeß abgesehen von der hierbei vorausgesetzten Störung des Gottesdienstes erscheint es nach der Fassung des Artikels und der Ueberschrift desselben im Vergleiche mit §. 122 des Polizeistrafgesetzes mindestens zweifelhaft, ob sich die Dispositionen des Art. 194 nicht auf solche Beleidigungen beschränken, welche dem Geistlichen während seiner in Abhaltung des öffentlichen Gottesdienstes

Digitized by Google

vorgenommenen Amtsverrichtungen zugefügt werden. Jedenfalls gehören dahin aber nur diejenigen Ehrenkränkungen, welche ihm während seiner gottesdienstlichen Amtsverrichtungen, also bei Leitung des Gottesdienstes, Verwaltung der Sacramente oder Vornahme sonstiger Religionshandlungen widerfahren. Ausgeschlossen bleiben mithin nicht nur die während der mannigfachen sonstigen dem Geistlichen als solchem obliegenden oder aufgetragenen Amtsverrichtungen, z. B. bei Ausübung der Schulvisitation, während der Versammlungen des Kirchen- und Schulvorstandes u. s. w. zugefügten, sondern auch alle in Beziehung auf sein geistliches Amt ihm widerfahrenen Beleidigungen. Derartige Beleidigungen würden mithin nur als qualificirte Privatinjurien dem im 10. Capitel des Cr.-G.-B. enthaltenen Strafbestimmungen unterliegen, mithin das geistliche Amt, ohne Zweifel eines der wichtigsten und ehrenvollsten im Staate, eines minderen Rechtsschutzes als andere öffentliche Aemter genießen, was mit der im §. 73 des Landesverfassungsgesetzes sämmtlichen Kirchendienern ausdrücklich ertheilten Zusicherung des Schutzes in der ihnen zukommenden Amtswürde, der ja eben gegen beleidigende Angriffe nur durch die Strafgesetze gewährt und gerade durch die Vorschriften des Art. 143 bezweckt wird, schwerlich im Einklang stehen würde. Insoweit daher nicht die Strafbestimmungen des Art. 194 im einzelnen Falle Platz greifen, würden auch die den Geistlichen während der Ausübung ihres Amtes oder in Beziehung auf dasselbe zugefügten Beleidigungen den Dispositionen des Art. 143 des Criminal-Gesetz-Buches über das Verbrechen der Beleidigung der Amtsehre unterliegen.

Wenn nun dem entgegen die Berufungskammer des Königlichen Obergerichts zu Hannover in ihrem der Berufung des Beschuldigten wider das ihn wegen Amtsehrenbeleidigung des Pastors S. verurtheilende Erkenntniß der Strafkammer theilweise stattgebenden Urtheile sich dahin ausspricht,

> daß die Beleidigung eines Geistlichen, welche ihm während der Ausübung seines Amtes oder in Beziehung auf dasselbe zugefügt worden, überall nicht als Beleidigung der Amtsehre anzusehen und zu strafen sei,

und somit die Vorschriften der Art. 143 und 144 des Criminal-

Digitized by Google

Gesetz-Buches verletzt bezw. falsch angewandt hat, so erscheint die von der Königlichen Kron-Oberanwaltschaft im Interesse des Gesetzes erhobene Nichtigkeitsbeschwerde begründet.

---

4. Enthält die Verurtheilung wegen leichtsinnigen Bankerottes (Art. 223 des Cr.-G.-B.) eine unzulässige Abweichung von der auf das Verbrechen des betrüglichen Bankerottes (Art. 221) gerichteten öffentlichen Klage?

Der von der Kronanwaltschaft des K. Obergerichts Nienburg des Verbrechens des betrüglichen Bankerottes (Art. 221 des Cr.-G.-B.) beschuldigte Champagnerfabrikant Grütter daselbst war durch Verweisungsurtheil der Anklagekammer vor dem Schwurgerichtshof zu Hannover verwiesen, um angeklagt zu werden:

daß er, ein Fabrikant und Handelsmann, in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit gerathen, schuldig sei, dabei im Jahre 1861 und den folgenden Jahren, indem er namentlich durch einen von ihm verbreiteten Prospect nebst Rentabilitätsberechnung, worin er sein Activermögen wissentlich zu hoch, die Rentabilität seines Fabrik- und Handelsgeschäftes wissentlich zu groß angab, verschiedene Personen aufforderte, ihm zu seinem Geschäftsbetriebe gegen Actien 30,000 ℛ vorzuleihen, solchergestalt Darlehne von mehr als 8000 ℛ wirklich erhielt, minder nicht ohne genügende Veranlassung, mit dem Bewußtsein, sich durch dieselben dennoch nicht vor fernerem Vermögensverfall schützen zu können, anderweite betrügliche Anlehne aufnahm, seine Gläubiger auf eine arglistige Weise verkürzt zu haben.

Da theils schon aus der Voruntersuchung, insbesondere aber durch die Verhandlungen vor dem Schwurgerichtshofe in Folge der auch hierauf sich erstreckenden Instruction, nicht unerhebliche Verdachtsgründe dafür sich ergaben, daß der Angeklagte, im Falle er etwa des ihm zunächst zur Last gelegten betrüglichen Bankerottes nicht zu überführen sein sollte, doch mindestens des leichtsinnigen Bankerottes insofern schuldig sei, als er seine Zahlungsunfähigkeit durch gewagte mit seinem Vermögen in keinem Verhältnisse stehende Unternehmungen her-

Digitized by Google

beigeführt habe, so fand sich der Präsident veranlaßt, den Geschwornen neben der das angeschuldigte Verbrechen des betrüglichen Bankerottes bezielenden Frage noch eine eventuelle im Falle der Verneinung der ersten zu beantwortende zweite Frage dahin vorzulegen:

Ist der Angeklagte, ein Fabrikant und Handelsmann, in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit gerathen, schuldig, diese seine Zahlungsunfähigkeit durch, wie er erkannte oder erkennen mußte, gewagte mit seinem Vermögen in keinem Verhältnisse stehende Unternehmungen herbeigeführt zu haben?,

bei der es auch ungeachtet des Widerspruches der Vertheidigung nach gerichtlicher Entscheidung sein Bewenden behielt.

Auf Grund des sodann die erste Frage verneinenden, die eventuelle zweite Frage dagegen bejahenden Wahrspruches der Geschwornen, und nachdem dem Angeklagten seine Freisprechung von der Anklage wegen betrüglichen Bankerottes präsidialseitig verkündet war, verurtheilte der Gerichtshof den Angeklagten wegen des Verbrechens des leichtsinnigen Bankerottes in Gemäßheit der Art. 223 und 224 II. des Cr.-G.-B. zu einer achtzehnmonatigen Arbeitshausstrafe.

Zur Rechtfertigung der gegen dieses Urtheil ergriffenen und vorzugsweise auf die Vorschriften der Nr. 1. 2. 9 des §. 221 resp. §. 194 Abs. 4 der Str.-P.-O. gestützten Nichtigkeitsbeschwerde suchte Querulant auszuführen, daß die trotz des Widerspruches des Vertheidigers zugelassene eventuelle Frage einerseits der Vorschrift des §. 194 Abs. 4, wonach die an die Geschwornen zu richtenden Fragen sich auf die im Verweisungsurtheile enthaltenen wesentlichen thatsächlichen Verhältnisse u. s. w., zu beschränken haben, widerspreche, indem das ergangene Verweisungsurtheil den durch die eventuelle zweite Frage bezielten Thatbestand des leichtsinnigen Bankerottes überall nicht enthalte, noch auch die den Gegenstand der letzteren bildende Thatsache als ein lediglich die Strafe des verwiesenen Verbrechens mildernder neuer Thatumstand aufzufassen sei. Wenn nun zwar anderseits die mit den Bestimmungen des 4. Abs. des §. 194 anscheinend wenig harmonirenden Vorschriften im 7. und 8. Absatze aus nicht zu mißbilligenden Zweckmäßigkeitsgründen die Stellung eventueller Fragen dann

Digitized by Google

zuließen, wenn das Hinzutreten oder Wegfallen eines Thatumstandes die in Frage stehende strafbare Thätigkeit des Beschuldigten auf eine verschiedene Weise zu characterisiren vermöge, so sei doch die Zulassung eventueller Fragen mit einem Thatbestande, welcher von der in Frage stehenden strafbaren Thätigkeit gänzlich abweiche, unbedingt verwerflich. Nach der logischen Bedeutung des Principes der Eventualität könne die eventuelle Frage immer nur eine solche sein, die ihrer inneren Natur nach durchaus nicht mehr in Berücksichtigung gezogen werden könne, wenn die principale Frage bejaht werde. Zwischen dem Inhalte der beiden Fragen müsse ein innerer Widerspruch bestehen und es werde sich daher die eventuelle Frage da nicht rechtfertigen, wo die principale Frage neben der eventuellen Frage vollkommen bestehen, beide neben einander ohne inneren Widerspruch bejahet werden könnten. Die Folge dieser Auffassung würde freilich die sein, daß wegen des Verbrechens, welches nicht in der Anklage begriffen sei, ein besonderes Strafverfahren stattfinden müsse, was indeß, insbesondere dem Erforderniße der vollständigen Gelegenheit zur Vertheidigung für den Beschuldigten gegenüber, als ein besonderer Uebelstand gar nicht zu betrachten sei. In dem hier vorliegenden Falle nun würden beide betreffenden Fragen auf betrüglichen und leichtsinnigen Bankerott vollkommen neben einander haben bejahet werden können, da Jemand sehr wohl durch gewagte Unternehmungen, Spiel oder ausschweifende Lebensart seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführen und dann oder auch schon früher sich der Handlungen schuldig machen könne, wodurch eine arglistige Verkürzung der Gläubiger begründet werde. Es falle dabei nicht eine den Gegenstand der Anklage bildende strafbare Handlung unter den Begriff eines verschiedenen Verbrechens, es werde nicht die in Frage stehende strafbare Thätigkeit des Beschuldigten auf eine verschiedene Weise characterisirt, sondern neben die den Gegenstand der Anklage bildende strafbare Handlung werde eine ganz andere strafbare Handlung gesetzt. Ebensowenig lasse sich behaupten, der leichtsinnige Bankerott stehe zu dem betrüglichen Bankerott im Verhältnisse des fahrlässigen zu dem vorsätzlichen Verbrechens, da auch der leichtsinnige Bankerott, insofern Jemand in voller Er-

Digitized by Google

kenntniß seiner Lage und der Folgen seiner Handlungsweise seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführe, sich als vollkommen vorsätzliches Verbrechen characterisiren könne.

Erscheine somit die eventuelle Frage unzulässig, so ergebe sich daraus die Nichtigkeit der darauf gebauten Verurtheilung.

Diese Nichtigkeit wurde eventuell auch noch daraus hergeleitet, weil die Untersuchung überall nicht auf leichtsinnigen Bankerott, sondern stets nur auf betrüglichen Bankerott gegangen, Beschuldigter daher, wie ihm vom Untersuchungsrichter selbst bemerklich gemacht worden, sich gar nicht gegen leichtsinnigen Bankerott zu vertheidigen gehabt habe. Hätte Beschuldigter nur irgend vermuthen können, daß die in der Anklageschrift nur beiläufig vorkommende Behauptung: „er habe seinen Vermögensverfall selbst verschuldet, indem er wesentlich gewagte Geschäfte gemacht und Credit mit beispiellosen Leichtsinn gegeben" und die erst am Schlusse der mündlichen Verhandlungen von den Sachverständigen beiläufig in Betracht gezogenen s. g. gewagten Unternehmungen zu einer Fragestellung auf leichtsinnigen Bankerott Anlaß geben würden, so würde er schon in der Voruntersuchung solche Vertheidigungsmittel angegeben und herbeigeschafft haben, welche eine Verurtheilung wegen leichtsinnigen Bankerottes unmöglich gemacht haben würden.

Erscheine das Urtheil mithin auch deshalb nichtig, weil dem Angeklagten das ihm gebührende Recht auf Vertheidigung gänzlich abgeschnitten oder doch wesentlich beschränkt sei (§. 221 Nr. 4 der Str.=Pr.=O.), so sei eine solche Nichtigkeit in Gemäßheit der Nr. 7 des §. 221 cit. auch deshalb anzunehmen, weil die eventuelle zweite Frage sowie das zum Thatbestande des leichtsinnigen Bankerottes gehörige Moment des Leichtsinnes, als der wirklichen Verkürzung von Gläubigern enthalte, mithin wegen einer Handlung, welche das Gesetz nicht mit Strafe bedrohe, eine Strafe verhängt sei, und weil eventuell, bei der Persönlichkeit des Beschuldigten und nach den aus dem bisherigen guten Lebenswandel desselben sowie der Natur des Verbrechens hervorgehenden Rücksichten, in Gemäßheit der Vorschrift des Art. 23 des Cr.=G.=B. statt auf Arbeitshaus auf Staatsgefängniß habe erkannt werden müssen, mithin auf eine von dem Gesetze nicht angedrohete Strafe erkannt sei.

Digitized by Google

Wiewohl nun die gegen die Zulässigkeit der den Geschwornen vorgelegten eventuellen Fragen aus den Vorschriften des §. 194 der Str.=Pr.=O. hergeleiteten Bedenken nicht ganz ohne Anschein sind, wurde jedoch die Nichtigkeitsbeschwerde dem Antrage der Kron=Oberanwaltschaft gemäß mittelst Urtheils des Strafsenates vom 30. October 1866 verworfen. Die Gründe lauten:

Da

1. im §. 194 Abs. 7 der Str.=P.=O. dem Vorsitzenden des Gerichtes gestattet ist, alsdann, wenn durch das Hinzutreten oder Hinwegfallen des einen oder anderen Thatumstandes eine den Gegenstand der Anklage oder Beschuldigung bildende strafbare Handlung unter den Begriff eines verschiedenen Verbrechens fällt, selbst wenn die Anklage nicht auf sämmtliche Verbrechen gerichtet sein sollte, eventuelle Fragen zu stellen, nun aber im vorliegenden Falle der Bankerott, insoweit er im Gesetze als strafbar bezeichnet ist, mithin sowohl als betrüglicher Bankerott (Art. 221 des Cr.=G.=B.) wie als leichtsinniger Bankerott (Art. 223 daselbst) die den Gegenstand der Anklage bildende strafbare Handlung war, und daher der Schwurgerichtspräsident bezw. das Schwurgericht rechtlich völlig befugt waren, eine Anklage auf leichtsinnigen Bankerott, der ihrer hier nicht zu beurtheilenden, durch den späteren Wahrspruch der Geschwornen aber als richtig bestätigten, Ansicht nach indicirt war, zu richten, wiewohl die Anklage auf diese leichtere Form des strafbaren Bankerottes nicht, sondern nur auf die schwerere Form seiner Begehung, auf den betrüglichen Bankerott, ging, mithin durch die Stellung jener eventuellen Frage sowenig die vom Querulanten in Bezug genommenen Vorschriften der Nr. 1 des §. 221 resp. des Absatzes 4 des §. 194 der Str.=Pr.=O. als die der Nr. 2 und 9 daselbst verletzt erscheinen,

2. da ferner des Querulanten Recht auf Vertheidigung nicht deshalb für gänzlich abgeschnitten oder wesentlich beschränkt erachtet werden kann, weil angeblich die Voruntersuchung auf das Verbrechen des leichtsinnigen Bankerottes nicht mitgerichtet gewesen, da jedenfalls Querulant, welchem die vorhin gedachte Vorschrift des §. 194 Abs. 7 der Str.=Pr.=O. bekannt sein mußte, sowohl in der Voruntersuchung wie in der Hauptver=

Digitized by Google

handlung Gelegenheit hatte, die Ergänzung eines etwaigen Mangels in der Instruction, wie jedoch von ihm nicht geschehen, zu beantragen, mithin auch das aus der Nr. 4 des §. 221 der Str.=Pr.=O. entnommene Nichtigkeitscausale hier nicht zutrifft,

3. da sodann auch die auf Grund der Nr. 7 des §. 221 cit. erhobene Beschwerde, daß wegen einer Handlung Strafe verhängt sei, welche das Gesetz mit Strafe nicht bedrohe, indem die betreffende eventuelle Frage das Moment des Leichtsinns nicht aufgenommen habe und die wirkliche Verkürzung von Gläubigern daraus sich nicht ergebe, für unerheblich zu halten ist, weil in jene Frage sich alle Thatsachen aufgenommen finden, welche der im Art. 223 cit. gegebene Begriff des leichtsinnigen Bankerottes erfordert, insbesondere die wirklich geschehene Verkürzung von Gläubigern genügend durch die in die Frage aufgenommene Thatsache des Gerathens in Zahlungsunfähigkeit ausgedrückt ist,

4. da endlich die vom Querulanten unter Bezugnahme auf die Nr. 7 des §. 221 der Str.=Pr.=O. hingestellte Behauptung, daß in concreto nicht auf Arbeitshausstrafe, sondern auf Staatsgefängniß als die vom Gesetze für das in Rede stehende Verbrechen angedrohete Strafe zu erkennen gewesen wäre, mit den klaren Bestimmungen des Art. 224 des Cr.=G.=B. welcher unter Nr. II den leichtsinnigen Bankerott mit 3monatiger Gefängniß= oder mit Arbeitshausstrafe bedrohet, und mit dem Art. 23 daselbst, der nur von einer lediglich in das hier nicht zu beurtheilende arbitrium des Gerichtes verstellten Verwandelung der ordentlichen Freiheitsstrafe in Staatsgefängniß redet, im Widerspruch sich befindet, und somit alle vom Querulanten seiner Nichtigkeitsbeschwerde untergelegten Gründe als hinfällig sich darstellen,

so — —*).

---

*) Im Anschlusse an die vorstehende Mittheilung mag hier noch einer Entscheidung des Schwurgerichtshofes Erwähnung geschehen, welche durch den nach erfolgter Freisprechung des Angeklagten wegen betrüglichen Bankerottes und dessen Verurtheilung lediglich wegen leichtsinnigen Bankerotts zur Strafe des Arbeitsshauses von ihm gestellten Antrag auf Entlassung aus der Haft veranlaßt wurde. Der Vertreter

Digitized by Google

5. Die Vorschrift des §. 373 der b. P.-O., daß Ungehorsams-Urtheile dem Einspruche unterliegen sollen, ist auch auf die im Executionsverfahren vorkommenden Ungehorsams-Urtheile anwendbar.

(Mitgetheilt vom O.-A.-G.-Präs. v. Düring.)

In einem Rechtsstreite der Bank zu Genf wider den Commissair Immerwahr zu Neustadt a. R. war in einem Urtheile vom 1./11. v. J. vom 1. kl. Senate des O.-G. Hannover der

---

der Kronanwaltschaft bestritt nämlich diesen durch Bezugnahme auf die Vorschriften des §. 72 der Str.-Pr.-O. und durch die Anführung, daß der Grund, aus welchem die Verhaftung verfügt worden, die zu erwartende schwere Strafe, nunmehr mit der erfolgten Freisprechung des Angeklagten von dem Verbrechen des betrüglichen Bankerottes hinweggefallen sei, begründeten Antrag, jedoch lediglich auf die Behauptung gestützt, daß, da die Sache nunmehr in der Strafvollstreckungsinstanz sich befinde, der Gerichtshof nicht befugt sei, die Haftentlassung zu verordnen. Der Schwurgerichtshof gab demnach dem Antrage des Verurtheilten statt und zwar aus folgenden Gründen:

Der gegen den Antrag des Angeklagten, ihn aus der Untersuchungshaft zu entlassen, erhobene Einwand des Kronanwaltes, daß mit dem Augenblicke der erfolgten Verurtheilung des Angeklagten die lediglich zur Zuständigkeit der Kronanwaltschaft gehörende Instanz der Strafvollstreckung beginne und daher das Gericht nicht mehr competent sei, die Entlassung aus der Haft gegen den Willen der Kronanwaltschaft zu verfügen, trifft nicht zu, da nach §. 231 der Str.-Pr.-O. die Vollstreckbarkeit der Strafurtheile dadurch bedingt wird, daß wieder dieselben keine Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung mehr stattfinden. Das dem Angeklagten nach §. 221 der Str.-Pr.-O. wider das ergangene Strafurtheil zustehende rechtzeitig und rechtsförmlich eingelegte Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde würde aber nach §. 231 Abs. 2. cit. unzweifelhaft eine aufschiebende Wirkung haben, mithin die Instanz der Strafvollziehung erst dann ihren Anfang nehmen, wenn die im §. 222 der Str.-Pr.-O. vorgeschriebenen Fristen oder Formen versäumt werden sollten, oder das Rechtsmittel durch richterliche Entscheidung seine Erledigung gefunden hat. Nach §. 72 der Str.-Pr.-O. ist aber auch das erkennende Gericht zweifellos zuständig bezw. verpflichtet, den noch nicht rechtskräftig Verurtheilten aus der Untersuchungshaft dann zu entlassen, wenn die Gründe, aus denen die Verhaftung desselben erfolgt war, sich als erledigt ausgewiesen haben, und andere Gründe, welche

Digitized by Google

obige Grundsatz ausgesprochen. Dies Urtheil war rechtskräftig geworden und die Kgl. Kronoberanwaltschaft versuchte mittelst einer Nichtigkeitsbeschwerde im Interesse des Gesetzes das Fehlsame jenes Grundsatzes vor dem Cass.-Sen. des O.-A.-G. zur Geltung zu bringen.

Die Gründe der Kronoberanwaltschaft, mittelst welcher sie ihre Nichtigkeitsbeschwerde zu rechtfertigen versuchte, bestanden in Folgendem:

Der §. 157 der b. P.-O. schreibe vor, daß der Einspruch gegen Ungehorsams-Verfügungen nur in den vom Gesetze hervorgehobenen Fällen stattfinden solle. Dem entsprechend enthalte das Gesetz auch eine Anzahl specieller Fälle in denen es ausdrücklich den Einspruch gestatte, während es nur in einzelnen besonderen Fällen ihn speciell ausschließe. Daß jene Vorschrift des §. 157 nun aber durch die Bestimmung des §. 373 ganz allgemein wieder habe beseitigt werden sollen, lasse sich nicht annehmen. Man müsse vielmehr bei der Stellung dieses §. im besonderen Theile und weil derselbe nur von Ungehorsams*urtheilen* im ersten Verfahren vor den Obergerichten spreche, davon ausgehen, daß hier eine, nur für ganz bestimmte Classen von Urtheilen berechnete Ausnahme-Vorschrift habe gegeben werden sollen, deren Tragweite nicht auf das Executionsver-

---

eine Verhaftung rechtfertigen würden, nicht vorhanden sind. Nachdem nun der Angeklagte durch den Wahrspruch der Geschwornen hinsichtlich des ihm zunächst zur Last gelegten mit *schwerer* Strafe bedroheten Verbrechens für „nichtschuldig" befunden ist, ohne daß der Kronanwaltschaft *dawider* ein Rechtsmittel zu Gebote stände, so erscheint der Grund, aus welchem die Verhaftung des Angeklagten verfügt war, erledigt; andere Gründe aber, welche die Fortdauer der Untersuchungshaft rechtfertigen würden, sind auch von der Kronanwaltschaft nicht angeführt.

Eine von Seiten der Kronanwaltschaft gegen diese Entscheidung auf Grund der Nr. 2 und 11 des §. 221 der Str.-Pr.-O. gestützte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von der K. Kron-Oberanwaltschaft nicht weiter verfolgt, auch die auf Requisition der Kronanwaltschaft zu H. zur Sicherung der Strafvollstreckung eingetretene sofortige Wiederverhaftung des nach seinem Wohnorte zurückgekehrten Verurtheilten auf Beschwerde des letzteren von der Kron-Oberanwaltschaft wieder aufgehoben. Vergl. das S. 467 mitgetheilte Rescript der Kron-Oberanwaltschaft vom 23. September 1866.

Digitized by Google

fahren zur Anwendung zu bringen sei. Wenn zwar die Regierungsmotive zum §. 574 ausdrücklich nichts darüber enthielten, daß im Executionsverfahren der Einspruch wider Ungehorsams-Urtheile habe ausgeschlossen sein sollen, so habe das Gesetz dasselbe hierbei doch auch nicht ausdrücklich zugelassen, was um so nöthiger gewesen wäre, wenn man berücksichtigte, daß hier ein rasches Verfahren vorzugsweise angestrebt werde.

Cassationssenat verwarf jedoch die Nichtigkeitsbeschwerde, im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

Zu dem Satze des §. 157, daß nur in den im Gesetze hervorgehobenen Fällen der Einspruch wider Ungehorsamsverfügungen stattfinden solle, verhalte sich die Vorschrift des §. 373, auch wenn man derselben eine weitere, nicht lediglich für das erste Verfahren vor den Obergerichten berechnete Tragweite einräume, nicht etwa als eine jenen Satz wieder völlig aufhebende Bestimmung, sondern noch immer nur als die Bestimmung einer Ausnahme von der in jenem Satze enthaltenen Regel, als die Hinstellung eines der in jenem Satze des §. 157 angedeuteten Fälle, in denen der Einspruch wider Ungehorsamsverfügungen stattfinden solle. Denn der §. 373 enthalte nur eine Vorschrift für eine bloße Abtheilung von Ungehorsams*verfügungen*, nämlich für die Ungehorsams*urtheile*. Nun aber sei der Vorschrift des §. 373 zweifellos eine Bedeutung beizulegen, die sich weit über das erste Verfahren vor den Obergerichten hinaus erstrecke. Es werde diese Vorschrift im §. 375 auf das Verfahren vor den Amtsgerichten, in den §§. 420, 428, 439, 450 und 451 auf das Verfahren in den Rechtsmittelinstanzen, und in §. 459 auf die außerordentlichen Verfahrungsarten unbestreitbar ausgedehnt, und wenn der §. 578 auch nicht ausdrücklich die Bestimmung enthalte, daß die Vorschriften über das Proceßverfahren im Allgemeinen entsprechende Anwendung finden sollen auf die Verhandlungen im Executionsverfahren, so lasse der Umstand, daß nur einzelne Abweichungen von dem allgemeinen Proceßverfahren hingestellt werden, so wie die Vorschrift des §. 580 darüber keinen Zweifel zurück, daß man, abgesehen von diesen Abweichungen, die allgemeinen Vorschriften über das Proceßverfahren, auch diejenigen über Einspruch hier habe eintreten lassen wollen. Der bloße Umstand, daß der Gesetzgeber

Digitized by Google

im Executionsverfahren vorzugsweise rasche Erledigung vor Augen gehabt, könne, den vorstehenden Argumenten gegenüber, zu einer anderen Ansicht nicht berechtigen, zumal jene Rücksicht dann gar nicht zutreffen würde, wenn es sich um Ungehorsamsurtheile wider diejenigen handle, welche selbst die Execution beantragt haben.

Im Allgemeinen scheinen die vorstehenden Gründe des Cassationssenates völlig durchzuschlagen, wenn gleich die vom Cassationssenate angenommene Tragweite der Vorschrift des §. 373, sowie das von Jenen als das richtige hingestellte Verhältniß der Vorschrift des §. 373 zu derjenigen des §. 157 durch den Platz, welchen das Gesetz dem §. 373 angewiesen hat, so wie insbesondere durch den Umstand unverkennbaren Zweifeln ausgesetzt wird, daß das Gesetz, obwohl es im §. 373 allgemein den Einspruch wider Ungehorsamsurtheile für zulässig erklärt, an verschiedenen Stellen für besondere Fälle (z. B. 516. 527. 495.) noch außerdem die Bestimmung enthält, daß hier wider Ungehorsamsurtheile der Einspruch Statt haben solle. Vielleicht wäre es richtiger gewesen, wenn dem §. 157 die hervorgehobene Beschränkung überall nicht hinzugefügt worden wäre, zumal das Gesetz in denjenigen Fällen, wo es den Einspruch wider Ungehorsamsverfügungen nicht zulassen will, dies im späteren Verlaufe (z. B. §. 167. 366) besonders hervorhebt.

Der Entwurf einer allgemeinen Civil-Proceßordnung für Deutschland hat die obigen Zweifel dadurch umgangen, daß er im §. 196 die Vorschrift enthält,

„daß alle Versäumnißverfügungen, welche gegen nicht erschienene Parteien erlassen sind und die Hauptsache oder einen einzelnen Streitpunkt entscheiden, dem Einspruche unterliegen sollen, wogegen andere Versäumnißverfügungen nur in den durch das Gesetz bezeichneten Fällen dem Einspruche unterliegen sollen."

Dagegen fehlt in diesem Entwurf eine dem §. 373 der Pr.-O. entsprechende nur für Versäumnißurtheile berechnete Bestimmung ganz. —

Digitized by Google

III.

Amtliche Erlasse.

Rescript der Kron-Oberanwaltschaft vom 23. September 1866, betreffend die Frage: ist die Kronanwaltschaft befugt, zum Zweck der demnächstigen Strafvollstreckung einen Angeschuldigten festzunehmen, welcher verhaftet war, vom Schwurgerichtshofe verurtheilt, jedoch aus der Haft entlassen ist und gegen das verurtheilende Erkenntniß zeitig, auch rechtsförmlich die Nichtigkeitsbeschwerde verfolgt hat, deren Aburtheilung inzwischen noch nicht stattgefunden?

Von der Kron-Oberanwaltschaft den Kronanwaltschaften sämmtlicher Obergerichte mitgetheilt.

Celle, den 26. October 1866.

Der Fabrikant G. zu N. wurde des betrüglichen Bankerotts beschuldigt, vom Untersuchungsrichter verhaftet, vor den Schwurgerichtshof zu H. verwiesen, wegen des gedachten schweren Verbrechens freigesprochen, indeß wegen leichtsinnigen Bankerotts zu $1^1/_2$ Jahr Arbeitshaus verurtheilt. Der Verurtheilte beantragte Aufhebung der gegen ihn verfügten Haft, die Kronanwaltschaft contradicirte dem Antrag, jedoch lediglich auf die Behauptung gestützt, daß, da die Sache nunmehr in der Strafvollstreckungsinstanz sich befinde, der Gerichtshof nicht befugt sei, die Haftentlassung zu verordnen. Der Schwurgerichtshof gab dennoch dem Antrag des Verurtheilten statt, dieser wurde entlassen, interponirte gegen das Strafurtheil sofort in rechtsförmlicher Weise Nichtigkeitsbeschwerde, kehrte nach seinem Wohnorte zurück, ward aber dort

Digitized by Google

auf Requisition der Kronanwaltschaft zu H. zur Sicherung der Strafvollstreckung auf der Stelle wieder inhaftirt. Condemnat erhob gegen diese Maßregel Beschwerde bei der Kron-Oberanwaltschaft. Letztere verordnete die sofortige Entlassung des Beschwerdeführers; die

Gründe der Resolution

waren folgende:

1) Ich muß dafür halten, daß die Proceß-Ordnung nicht zugleich dem Schwurgerichtshofe die Befugniß ertheilen kann, die Haftentlassung eines verurtheilten Angeschuldigten zu verordnen, der Kronanwaltschaft aber das Recht, denselben Angeschuldigten, ehe das Urtheil vollstreckbar geworden, durch das Amtsgericht von neuem verhaften zu lassen, es wäre denn, daß ein neu hervortretender Grund der Verhaftung die Frage, ob solche eingetreten habe, zu einer neuen Frage gemacht hätte. (causa superveniens.)

Ein Conflict zwischen den gerichtlichen und kronanwaltschaftlichen Verfügungen, wie er im vorliegenden Fall hervorgetreten ist, scheint mir mit dem Ansehen der Behörden und mit einer geordneten Rechtspflege gleich unverträglich.

2) Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Haftentlassung G.'s sich materiell rechtfertige, oder nicht vielmehr trotz der erkannten leichten Strafe wegen vorliegenden Fluchtverdachtes das Entlassungsgesuch hätte abgelehnt werden sollen. Königliche Kronanwaltschaft hat jedoch einen solchen Grund für die Verhaftung nicht geltend gemacht, der Gerichtsbeschluß rechtfertigt sich daher, wenn der Schwurgerichtshof überhaupt befugt war, über den Antrag G.'s zu cognosciren.

3) Der Gerichtshof stützt seinen Beschluß hauptsächlich auf §. 72 Abs. 2 und muß ich ebenfalls dafür halten, daß dieser §. nicht allein von Haft und Haftentlassung während der Voruntersuchung handelt, vielmehr auch dem erkennenden Richter die Befugniß und damit eintretenden Falls die Verpflichtung beilegt, eine Haft, deren Gründe sich als ungenügend oder erledigt darstellen, aufzuheben, jedoch nur so lange, als nicht die Instanz der Vollstreckung begonnen und mit ihr die Autorität des Strafrichters für den fraglichen Proceß aufgehört hat.

4) Der §. 248 der revid. Str.-Pr.-Ordn. limitirt m. E.

Digitized by Google

die vorgedachte richterliche Zuständigkeit gar nicht, er behandelt einzig den Fall, wo ein verhafteter Angeschuldigter freigesprochen wurde. Die Frage, ob und wie lange der Strafrichter über das Haftentlassungsgesuch eines verurtheilten Angeschuldigten dijudiciren dürfe, läßt er unberührt und dürfte die Behauptung mehr als gewagt sein, diese Frage sei dennoch als implicite per argumentum a contrario durch den §. entschieden zu betrachten.

5) Die Königliche Kronanwaltschaft stützt sich, wie ich anerkennen muß, mit vielem Schein Rechtens, für Ihre Ansicht auf den §. 232 der rev. Str.-Pr.-Ordn. i. f. Die Strafproceß-Ordnung hat weder einen Begriff der Rechtskraft aufgestellt, noch sich darüber ausgesprochen, ob die Nichtigkeitsbeschwerde zu den ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsmitteln zu zählen sei. Im §. 202 wird allerdings die Querel dem Rechtsmittel geradezu entgegengesetzt, man könnte also behaupten, die Proceßordnung sehe in ihr gar kein Rechtsmittel, geschweige denn ein ordentliches. Das Argument ist indeß nicht stichhaltig. Das Marginale des 5. Buchs redet vom Rechtsmittel der Berufung, das des 6. vom Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, ebenso beweist die Fassung des §. 231 Abs. 2, daß die Proceß-Ordnung die Querelen zu den Rechtsmitteln rechnet, ohne sie, welche gegen schwurgerichtliche Urtheile die einzige Remedur bietet, als außerordentliche Rechtmittel zu bezeichnen.

Dennoch würde ich geneigt sein, in Rücksicht auf den gemeinprocessualischen Begriff des Wortes „rechtkräftig", dessen §. 232 sich bedient, der Ansicht der Königlichen Kronanwaltschaft beizutreten, wenn mich nicht folgende Erwägung zum entgegengesetzten Resultate führte. Der §. 232 steht im 8. Buche, welches von der Vollstreckung der Strafurtheile handelt, §. 231 stellt die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit des Urtheils fest und entscheidet namentlich dahin, daß ein schwurgerichtliches Urtheil, gegen welches von dem Condemnaten die Nichtigkeitsbeschwerde zeitig und rechtsförmlich eingelegt ist, oder noch eingelegt werden kann, ein vollstreckbares nicht sei. Die einleitenden Worte des §. 231 deuten m. E. darauf hin, daß in dem 8. Buche überall nur von bereits vollstreckbaren Urtheilen gehandelt wird,

Digitized by Google

mithin das im §. 232 Abs. 4 gebrauchte Wort „rechtskräftig" gleichbedeutend zu nehmen ist mit dem Worte „vollstreckbar". Für diese Auslegung spricht außerdem Folgendes: Wollte das Gesetz den Kronanwaltschaften die Befugniß geben, die Strafvollstreckung durch sofortige Verhaftung des verurtheilten Angeschuldigten zu sichern, so ist es überall nicht erklärlich, weshalb ihr solche Befugniß nicht generell, mithin auch da, wo auf Gefängniß erkannt wurde, gegeben ward. Ist dagegen im §. 282 nur von bereits vollstreckbaren Urtheilen die Rede, dann begreift sich die besondere Bestimmung für Urtheile, welche auf öffentliche Arbeitsstrafe lauten, sehr wohl, da solche von der Kronanwaltschaft nicht ohne Weiteres vollstreckt werden können, vielmehr vom Ministerium zuvor der Aufnahmebefehl zu erbitten ist, der Kronanwaltschaft also ein Mittel in die Hand gegeben werden muß, die etwaige Flucht des Verurtheilten nach eingetretener Vollstreckbarkeit zu hindern.

6) Was endlich die Verantwortlichkeit der Kronanwaltschaft für die Strafvollstreckung betrifft, kann von einer solchen natürlich nur die Rede sein, soweit die Mittel gegeben sind, die Strafvollstreckung zu sichern. Hebt der Schwurgerichtshof ohne ausreichende Gründe vor eingetretener Vollstreckbarkeit die Haft des Angeschuldigten auf, dann trifft ihn allein die Verantwortung, wenn der Condemnat später sich durch Flucht der Strafe entzieht.

Digitized by Google

IV.

Bücherschau.

1. Evangelische Lehrfreiheit, Eine Frage des Kirchenrechts, beantwortet vom Dr. j. Stamm (Wiesbaden bei Jul. Niedner 1866).

Der Verfasser übergiebt in dieser interessanten Brochüre der Leserwelt den Inhalt eines von ihm, auf einer zu Diez im Nassauschen, Statt gehabten Kirchenconferenz gehaltenen, mündlichen Vortrags. Der Vortrag beschäftigt sich im Wesentlichen mit der Aufstellung und näheren Begründung des Satzes, daß nach den allgemeinen Begriffen des Rechts die Lehre der Religion in der evangelischen Kirche sich an diejenigen Grenzen zu halten habe, welche in den bezw. für die lutherische und reformirte Kirche bestehenden Bekenntniß-Urkunden niedergelegt sein, so weit dieselben nicht durch Territorialgesetze oder Gewohnheit modificirt sein. Der Verf. führt aus, was man unter Kirche und Bekenntniß zu verstehen habe, warum in der Gemeinsamkeit des Glaubens ein Bekenntniß desselben nicht fehlen dürfe und als Ausdruck des Gesammtwillens bindende Normen für die Lehre mindestens in der Hand derjenigen, welche zum Lehramte berufen, abgeben müsse. Sodann weist er nach, welche Bekenntnisse als solche Normen für die evangelisch-protestantische Kirche allgemein in Frage kommen und wie sich dies mit dem Bekenntnisse der unirten Kirche, insbesondere im Herzogthum Nassau, verhalte, berührt hiernächst die mit denselben in Verbindung stehenden, das Aeußere der Kirche berührenden Gesetze und geht schließlich zur Entwicklung seiner Ansicht hinsichtlich der rechtlichen Fortbildung des Bekenntnisses, insbesondere durch Gewohnheitsrecht, über, wobei er die allgemeinen Requisite des Gewohnheitsrechts an die kirchlichen Verhältnisse anzupassen sucht und das kirchliche Gewohnheitsrecht als „den durch die allgemeine öffentliche Bezeugung aus der Schrift (bezüglich einer Bekenntnißwahrheit) zur allgemeinen Anordnung gelangten Lehrbegriff" präcisirt und durch Beispiele erläutert.

Digitized by Google

Unteer Anlehnung an die im Vorstehenden im Allgemeinen gesteckten Grenzen der Lehrfreiheit giebt der Verfasser sodann in einem besondern Abschnitte noch besondere Anhaltspuncte für Gebundenheit und Freiheit im Bekenntnisse und, stellt in einem Schlußcapitel, in besondern Sätzen, die Resultate seiner Ausführungen, übersichtlich zusammen.

Bei den zahllosen und überaus weiten Abweichungen der Ansichten über evangelische Lehrfreiheit und deren Grenzen wird freilich voraussichtlich der in dieser Schrift niedergelegte, an sich gut motivirte Grundgedanke dem Einen nicht weit genug, dem Andern viel zu weit gehen, und der directe Nutzen der Ausführung mag um so problematischer sei, als es nicht gar schwer fallen möchte, das Vorhandensein ganz wesentlicher Bedingungen für die Anwendung der Regeln über Gültigkeit von Gesetzen und Gewohnheiten im Rechtsleben auf die Glaubenslehre in Zweifel zu ziehen. Dennoch aber kann man derartige Versuche, Anhaltspuncte für möglichste Vereinigung jener zerfahrenen Ansichten aufzufinden, gewiß nur willkommen heißen; von diesem Gesichtspuncte aus verdient die Schrift gewiß die allgemeinste Beachtung. —

2. Geschichte des öffentlichen und Privat-Rechts des Herzogthums Schleswig vom Dr. Stemann, vorm. Präsidenten des Schleswigschen Appellationsgerichts, 2. Theil, (Leipzig bei T. O. Weigel 1866 f.) Der zweite Theil dieses interessanten Werks behandelt unter Abschnitt 4 die Periode von 1640—1721 und im 5. Abschnitte die Periode von 1721 bis zum Tode des Königs Friedrichs des VII. von Dänemark. Der 4. Abschnitt, beginnend mit der Regierung Constantins I., enthält Mittheilungen sehr interessanter Momente aus der Schleswigschen Geschichte, insbesondere der Theilung des Herzogthums, des Wegfalls des Wahlrechts, des Einflusses des 30jährigen Kriegs auf Schleswig, der Abzweigung der Sonderburger Linie, der Streitigkeiten zwischen dem Könige und dem Herzoge von Gottorp u. s. w., behandelt sodann die öffentlichen Verhältnisse in den einzelnen Theilen Schleswigs im Allgemeinen, geht hiernächst näher auf das Verhältniß der Städte, das Gerichtswesen, das Strafrecht und das damalige Privatrecht in seinen einzelnen Materien über. — Der fünfte Abschnitt, beginnend mit der Geschichte der definitiven Erwerbung des Gottorper Antheils und einer rechtlichen Beurtheilung der Entsagungsacten, geht in ähnlicher Weise auf die verschiedenen Institutionen des öffentlichen und Privatrechts in der späteren Zeit über.

Das Ganze giebt ein lebendiges Bild derjenigen Hauptmomente, welche für die richtige Beantwortung der vor wenigen Jahren so lebhaft discutirten Fragen in Beziehung auf das öffentliche Recht Schleswigs entscheidend sind, so wie von dem übrigen Rechtsleben in Schleswig und kann dies Werk denen, welche sich für diese Landes-

Digitized by Google

theile und deren Geschichte interessiren, mit vollem Rechte empfohlen werden.

3. Das deutsche Eisenbahn-Transport-Recht vom Dr. jur. W. Koch, erste Abtheilung: das Frachtgeschäft der Eisenbahnen nach dem allgemeinen deutschen Handels-Gesetzbuche. (Erlangen, Verlag von Ferd. Enke 1866.) Vorstehende Schrift, die sich selbst als einen Separatabdruck aus Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 8 und 10 bekundet, erläutert, nach einer vorangeschickten historischen Einleitung, in welcher der frühere Zustand des Transportrechts und die Veranlassung und Art seiner nunmehrigen Umgestaltung dargelegt wird, im 1. Abschnitte die Vorschriften, welche im deutschen Handelsgesetzbuche in den Art. 390—421 für die Frachtgeschäfte überhaupt getroffen sind und erörtert hierbei einzelne in dieser Hinsicht bereits entstandene, für den Verkehr nicht unwichtige Controversen, z. B.: Ob Droschkenkutscher, ob Dienstmänner als Frachtführer aufzufassen seien? was bei der Frage der Schadloshaltung durch den Frachtführer unter höherer Gewalt zu verstehen sei u. s. w. Der zweite Abschnitt der Schrift beschäftigt sich insbesondere mit dem Frachtgeschäfte der Eisenbahnen und mit den desfallsigen Bestimmungen des deutschen Handels-Gesetzbuches in den Art. 422—431, in deren Darstellung besonders hervorgehoben wird, wie hier die Eigenschaft der Eisenbahnen als öffentlichen Transportmittels nothwendig abweichende Grundsätze und Vorschriften nöthig gemacht habe und wie jene Eigenschaft bei Auslegung der fraglichen Bestimmungen stets im Auge behalten werden müsse. Je zahlreicher bereits die Zweifel über die Tragweite der behandelten Vorschriften geworden sind und je häufiger auch die Gerichte bereits Veranlassung gehabt haben, sich über jene Zweifel auszusprechen, um so erwünschter muß eine derartige eingehendere Besprechung der fraglichen Vorschriften sowohl dem Juristen, als auch dem ganzen Publicum sein, und mit Recht darf man auf das Erscheinen der zweiten Abtheilung gespannt sein, welche sich, zufolge der Ankündigung auf dem Titelblatte, mit dem Frachtgeschäfte nach dem speciellen Inhalte des deutschen Eisenbahn-Betriebs-Reglements beschäftigen wird.

4. Archiv für practische Rechtswissenschaft, von Emminghaus u. s. w. Neue Folge, dritter Bd. Heft 3 und 4. (Darmstadt und Leipzig bei Ed. Zernin 1866). Das 3. Heft enthält, neben 6 interessanten Entscheidungen höherer Landesgerichte und einigen literarischen Anzeigen, eine Abhandlung vom Kreisgerichts-Secretair Grimmenthal zu Arnstadt über die heutige Anwendung der actio Pauliana gegen den Schuldner, einen Aufsatz vom Stadtgerichtsrathe Wolff in Frankfurt a. M. über Expropriations-Recht und Mittheilungen von Bopp von Urtheilen rechtsrheinischer Gerichtshöfe des Großherzogthums Hessen über civilproceßrechtliche Fragen.

Das 4. Heft enthält, neben einer Anzahl Entscheidungen höhe-

Digitized by Google

rer Gerichte, von welchen besonders die 7 ersten von allgemeinerem Interesse sind, eine Abhandlung von Emminghaus über das Domicilforum des Pächters, eine Abhandlung des nämlichen Verfassers über Advocaten-Belohnung und eine Abhandlung vom Rechtspractikanten W. Spenglein in Speyer über die Frage: ob Anträge auf Augenscheinseinnahme an die peremtorischen Beweis-Antretungsfristen gebunden sind.

5. Sachregister zum Magazin für hannoversches Recht, Bd. 1—9 und zum Neuen Magazin für hannoversches Recht, Bd. 1—6. (Hannover bei C. Rümpler 1866). Dies, vom O.-G.-Anw. Dr. Ebhardt, mit bekannter Umsicht ausgearbeitete vollständige Register über den Inhalt dieser Zeitschrift seit ihrem Entstehn bis zum Beginn des laufenden Jahrgangs ist völlig geeignet, einem langgefühlten Bedürfnisse abzuhelfen, diese Zeitschrift für diejenigen, welche sich zum Zwecke des Nachschlagens von dem Sachinhalte der Zeitschrift Kenntniß verschaffen wollen, zugänglicher gemacht zu sehen.

6. Deutsche Gerichtszeitung, Organ des deutschen Juristentags, herausgegeben vom Stadtrichter Hirsemenzel (Berlin 1866 bei G. Jansen). Diese, durch ihre Gediegenheit in Betreff ihrer Mittheilungen schon seit länger bekannte Zeitschrift, erscheint zur Zeit nicht mehr wochen- und bogenweise, sondern seit Beginn des 2. Semesters d. J. heftweise unter dem Titel „Neue Folge." Zur Zeit liegen uns vom Bd. I. das 1., 2. und 3. Heft vor. Diese Hefte enthalten:

1. Betrachtungen eines Germanisten über die Einführung des römischen Rechts, vom Professor Dr. Arnold in Marburg.

2. Ist die körperliche Haft ein zulässiges Executionsmittel in Proceßsachen? (Preisschrift) vom Assessor Dr. Ullmann in Berlin.

3. Der Schuldanerkennungsvertrag und der Entwurf eines deutschen Obligationen-Rechtes, vom Stadtrichter R. Koch in Berlin.

4. Vertrauliche Briefe eines Unbekannten über die heutige deutsche Jurisprudenz. Ein Brief extra seriam.

5. Kritische Uebersicht über Bd. 53 der Entscheidungen des Preußischen Obertribunals, vom Stadtrichter R. Koch in Berlin.

6. Ueber den Einfluß der Concurseröffnung auf schwebende Proceße des Cridars.

7. Kleine Erörterungen und Mittheilungen.

8. Nachrichten über die juristische Gesellschaft in Berlin.

9. Literarische Anzeigen.

7. Entwurf eines gemeinen deutschen und Hansestadt-bremischen Privatrechts, auf Grund der modernen Volkswirthschaft von Dr. Albert Herman Post. Erster Band: die Elemente jenes Privatrechts (Bremen bei H. Gesenius 1866). Der Verfasser hat in einem längern Vorworte die von den gewöhnlichen Ansichten über das Wesen des Rechts abweichende phi-

Digitized by Google

losophische Grundlage des Werks näher zu erläutern versucht. Folgend dem allein richtigen philosophischen Systeme, danach alles Wissen nicht auf Begriffen, sondern auf Anschauung seinem Ursprunge nach beruhe, und jede Wissenschaft ursprünglich empirisch und in ihrer Vollendung philosophisch sei, will er auch in diesem Werke von diesem Standpunkte ausgehen, und da für das Privatrecht eines Volkes dessen Wirthschaft den entscheidendsten Ausgangspunct bilde, das von ihm darzustellende Privatrecht vollständig auf wirthschaftlicher Grundlage aufbauen. Daß Verfasser bei diesem Aufbau nicht das gemeine deutsche Privatrecht im Allgemeinen, sondern speciell das Privatrecht Bremens zum Gegenstand genommen, begründet er u. A. damit, daß, abgesehen von der Schwierigkeit im Allgemeinen, ein aus römischen und deutschen Elementen gemischtes, modernes deutsches Privatrecht zusammenzustellen, die eigentlich modernen Rechtsgedanken, auf deren Darstellung es dem Verfasser besonders ankomme, und die gemeinrechtlich noch nicht durchgebildet, sondern erst in der Entwicklung begriffen seien, in dem Bremischen Privatrechte bereits eine besonders vorgeschrittene Entwicklung gefunden haben, während es daselbst an einer wissenschaftlichen Entwicklung des Privatrechts noch fehle. Andererseits werde in dem Werke vielfach auf das gemeine Recht zurückgegriffen, so daß dasselbe auch eine weitere Bedeutung bekommen habe; nur habe er die historischen Ausführungen nicht auf das gemeine Recht extendirt, sondern auf die Bremischen Institute beschränkt. Verfasser beabsichtigt nicht sowohl ein Compendium des Bremischen Rechts zu schreiben, als die treibenden Gedanken des modernen Rechts klar hervorzuheben, um für die Gesetzgebung eines mit dem modernen Rechte im Einklange stehenden Rechts eine wissenschaftliche Grundlage zu schaffen. Der Verfasser macht schließlich im Vorworte darauf aufmerksam, daß er ein erschöpfendes Privatrecht nicht werde liefern können, vielmehr dasselbe stets einen skizzenartigen Character behalten werde. Trotzdem und ungeachtet der knappen Fassung der Gedanken, so wie des Umstandes, daß er die Lehre von der Entstehung und Endigung der Rechtsnormen und das materielle Actionenrecht nicht mit aufgenommen, beabsichtigt er das Werk aus 5 Bänden, von denen jährlich ein Band zu erscheinen habe, bestehen zu lassen.

Der zunächst vorliegende Band enthält vorab eine Einleitung, welche im Cap. I. sich mit der Entwicklung der Begriffe „Wirthschaft und Recht aus der Grundnatur des Menschen," beschäftigt und uns im Cap. II. zu einer allgemeineren Besprechung des positiven, gemeinen deutschen und Hansestadt-bremischen Rechtes führt.

Aus dem Cap. I. erwähnen wir nur, daß Verf. unter „Wirthschaft" das gesammte Leben der Menschen, soweit dasselbe auf Befriedigung des Lebenswillens des Einzelnmenschen gerichtet ist, versteht; betrachte man die Wirthschaft der Menschen vom Standpuncte des Gattungswillens aus, so gelange man zum Begriffe der Volks-

Digitized by Google

wirthschaft; — daß derselbe sodann unter „Recht" den Lebenswillen der Gattung, insofern er die Wahlfreiheit des Lebenswillens des Einzelindividuums im Interesse der Gattung beschränke, unter „Privatrecht" insbesondere aber das Recht für die Vermögenswirthschaft des Einzelnen versteht.

An jene Einleitung schließt sich im 1. Buche die Darstellung der Rechtsverhältnisse und zwar im Cap. I. die Darlegung des Begriffs des „Rechtsverhältnisses." Das Cap. II. handelt vom Rechtssubjecte und enthält dies Capitel insbesondere eine interessante Ausführung über juristische Persönlichkeit. Im Cap. III. geht der Verfasser zu den „Sachen" über, die er in nutzbare Sachen und Tauschmittel eintheilt, ferner zur „menschlichen Wirthschaftskraft" (Arbeitskraft). Das Cap. IV. behandelt das Verhältnisse der Rechtssubjecte zu den Rechtsobjecten, das Recht an den Sachen und das Forderungsrecht. Im Cap. V. endlich wird unter der Rubrik vor „Verbindung der einzelnen Rechtsverhältnisse unter einander" die Handlungsfähigkeit der Personen und hierbei insbesondere die Lehre von der Stellvertretung vorgelegt; auch kommt hier die Lehre von den Rechtsgeschäften, von dem Einflusse des Willens, des Irrthums von der Bedingung und Betagung auf dieselben, sowie vom Einflusse der Zeit, insbesondere der unvordenklichen Zeit zum Vortrage.

In einem Anhange zu diesem Bande ist eine Anzahl Stadt-Bremischer Particular-Gesetze abgedruckt.

Es läßt sich bei demjenigen, was der Verf. unter den vorgelegten Rubriken liefert, nicht verkennen, daß derselbe mit vielem Geschicke und mit Logik und Consequenz die einzelnen Rechtsmaterien seinen Grundideen unterordnet und so einem vollständig veränderten Systeme einreihet, auch zeugt die Darstellung einzelner Rechtsinstitute von Klarheit und Schärfe der Gedanken. Ob aber mit demjenigen, was uns in diesem Werke geboten wird, viel Neues geboten wird, ob nicht vielmehr nur dasjenige, was die alte Behandlung des Rechts uns unter bekannten Ausdrücken und in gewohnter Anordnung gab, in vielleicht mehr naturgemäßer Bezeichnung und Ordnung, aber auf ungewohntem Wege wiedergegeben wird, ob mit einem Worte die Rechtswissenschaft durch das Werk viel gewinnt, und deren spätere Behandlung durch die künftige Gesetzgebung von diesem Werke den beabsichtigten Nutzen haben wird, darüber läßt sich, bevor nicht die folgenden Theile des Werks vorliegen, ein bestimmter Ausspruch nicht thun. Jedenfalls ist das Unternehmen eine interessante Erscheinung auf dem Gebiete unserer juristischen Literatur, wie ja die Neuzeit ähnliche höchst interessante und werthvolle Productionen, von denen nur Ihering's Geist des Römischen Rechts und Dankwardt's Nationalökonomie und Jurisprudenz erwähnt werden sollen, ins Leben gerufen hat.

8) Von der allgemeinen Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen liegen vom zehnten Jahrgange (1866) die

Digitized by Google

Hefte bis Heft 10 incl., und von der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung Neue Folge III. Jahrgang die Hefte bis zum Octoberhefte incl., vor. Beide Zeitschriften liefern in diesen Heften aber im Wesentlichen nur Gegenstände und Ausführungen, welche speciell das Recht und die Institutionen der betreffenden Länder berühren.

9. Ueber Beschlußfassung in Versammlungen, insbesondere über Abstimmungen in Richter-Collegien von A. Zacke (Leipzig bei Albert Fritsch 1867). In diesem Werke will der Verf., nach seiner Einleitung, nur leitende Gesichtspunkte und auch diese weniger für die Gesetzgebung, als für die richterliche Beurtheilung der Fragen aus dem Gebiete dieser Rechtsmaterie, geben. Das Resultat der in dieser Brochüre angestellten Forschungen ist, daß der Verf. sich gegen das Princip des Erforderniſſes der Einstimmigkeit erklärt, weil dies ein täuschender Modus der Abstimmung sei, welcher ohne Zwang keine gedeihlichen Erfolge liefern könne, ferner daß Paritäten der Stimmen sich regelmäßig durch sachgemäße Erwägungen aller concurrirenden Momente heben lassen; daß es sich empfehle, das Princip der absoluten Majorität thunlichst durch dasjenige der s. g. verstärkten Majorität zu modificiren, und daß endlich das Princip der Abstimmung nach Gründen nicht streng durchführbar sei, ohne zu perversen Resultaten zu führen.

Nachdem der Verfasser durch Aufzählung zahlreicher, sich mit dem vorliegenden Gegenstand mehr oder weniger beschäftigenden Werke dem Leser die Ueberzeugung verschafft hat, daß er mit der einschlagenden Literatur völlig vertraut sei, läßt er sich in den §§. 2 u. 3 über Versammlungen, überhaupt, deren Nutzen u. s. w. aus, und geht dann in den §§. 5 und 6 zu den Richter-Collegien, deren Composition und Nachtheile im Verhältnisse zu Einzelnrichtern über und gelangt in den §§. 8 und ff. zu der Fragestellung und deren Reihefolge, zu dem Einfluße der Abstimmung über Vorfragen auf die Vota der Dissentienten bei der Hauptfrage. Im §. 13 behandelt der Verf. die Lehre von der Theilung der Fragen und in den §§. 14—19 die Lehre von der Abstimmung nach Gründen. In den desfallsigen Ausführungen, welche offenbar den eigentlichen Kern der Abhandlung bilden, spricht sich der Verfasser über dasjenige, was in Beziehung auf diese Abstimmungsweise sich pro und contra sagen läßt, aus, und wenn er dieselbe auch unter Umständen bei der s. g. negativen Abstimmung zuläßt, so ist er entschieden gegen die positive Abstimmung nach Gründen und folgeweise, wie bereits Eingangs bemerkt, im Wesentlichen gegen diese Abstimmungsweise überhaupt. In den §§. 19 u. ff. ist sodann von der Stimmordnung, ob der Vorsitzende zweckmäßig zuerst oder zuletzt zu stimmen habe u. s. w., von den Arten der Abstimmung, ob schriftlich, mündlich u. s. w. zu stimmen sei, von der Stimmenformation, insbesondere der Einstimmigkeit, von der Gleichstimmigkeit und den Mitteln zu deren Beseitigung, von dem Principe der absoluten und der einfachen Majorität

Digitized by Google

und von den Mitteln zur Rectification der Ersteren die Rede. Im §. 37 wird insbesondere noch von der relativen Stimmenmehrheit und deren Einfluß auf Wahlen gehandelt und im §. 41 von der Probabilitätsrechnung oder dem Verhältnisse der Wahrheit zur Unwahrheit eines Thatumstandes, je nach der Vertheilung der Stimmen. Der §. 42 bespricht endlich die bindende Kraft der Beschlüsse. —

Mag man auch in einzelnen Punkten mit dem Verfasser nicht zu dem nämlichen Resultate gelangen, so wird man dennoch demselben das Zeugniß geben müssen, daß er mit Schärfe und Umsicht den Gegenstand behandelt hat, und je häufiger die einschlagenden Fragen im practischen Leben vorkommen, desto willkommner müssen Anhaltspunkte, wie sie der Verfasser in diesem kleinen Werke niedergelegt hat, für diejenigen sein, welche jenen Fragen näher stehen.

10. Betrachtungen über die Hannoversche Justizverwaltung, mit Rücksicht auf die Vereinigung des Königreichs Hannover mit der preußischen Monarchie, vom O.-A.-G.-Vicepräsidenten Geh. Rath Dr. Leonhardt (Hannover, Rümpler, 1866). Die Incorporation Hannovers mit Preußen kann nicht ohne ein tieferes Einschneiden in die verschiedenen Institutionen Hannovers ablaufen, und somit steht ein solches, wenn gleich immerhin in einem geringeren Grade, auch denjenigen Institutionen, welche das Justizwesen betreffen, bevor. In Hinblick hierauf, ist es gewiß ein sehr verdienstliches Unternehmen, wenn Jemand, der, wie der Verfasser dieser Brochüre, der Justizverwaltung und deren letzten Organisation so nahe gestanden, seine Stimme erhebt, um darauf hinzuweisen, in welchen Puncten ein Einschnitt in die bisherige Justizverwaltung in Anlaß der Vereinigung Hannovers mit Preußen unerläßlich, in welchen Punkten derselbe aber zu vermeiden und gar bedenklich sei, wenn auch weniger um die Aufmerksamkeit an maßgebender Stelle auf die in dieser Hinsicht gebotenen Anhaltspunkte hinzulenken, als um die Betheiligten bezw. in ihren Besorgnissen zu beruhigen und auf das Unvermeidliche vorzubereiten.

Die Brochüre ist zunächst nach den einzelnen die Justizverwaltung angehenden Behörden abgetheilt. Während der Verf. selbstredend die Thätigkeit des Justizministerii als aufgelöst ansieht, glaubt er, daß verschiedene Geschäfte desselben zweckmäßig an die Kronoberanwaltschaft und auch die Präsidenten der höheren Gerichtsbehörden übergehen dürften.

Die Ministerial-Commissionen behuf der Examina der Justizbeamte ꝛc. werden, nach Ansicht des Verfassers für die Folge zweckmäßig an den Sitz des O.-A.-Gerichts verlegt.

Die Beibehaltung der Abtheilung des Königl. Staatsrathes für Entscheidung von Competenzconflicten hält Verfasser nicht für unthunlich, gleichwohl glaubt er, daß das Interesse der Regierung bei einer gleichmäßigen Behandlung des Gegenstandes, die Veranlassung sein werde, an die Stelle jener Behörde auch für Hannover

Digitized by Google

den für Preußen bestehenden „Gerichtshof zur Entscheidung von Compotenzconflicten" eintreten zu lassen.

Das Oberappellationsgericht, wird, nach Ansicht des Verfassers in seiner bisherigen Wirksamkeit und Einrichtung zweckmäßig zu erhalten sein, nur könnten die wenigen Cassationssachen an das Ober-Tribunal in Berlin überzugehen haben. Auch bezweifelt Verfasser, daß das Präsentations-Recht und damit das Scrutinium und die Prüfung der Mitglieder durch das Gericht sich aufrecht erhalten lassen.

Auch die Erhaltung der Obergerichte, vielleicht mit Ausnahme desjenigen zu Meppen, sowie der Amtsgerichte scheint dem Verfasser unbedenklich; dabei empfiehlt er eine bessere Regelung des Präsentationsrechts des Herzogs von Arenberg zu den Richterstellen. Vor Allem aber empfiehlt Verf. die bis dahin in Hannover zu ängstlich angegriffene Organisation der Ehegerichtsbarkeit.

Der Staatsanwaltschaft, wie sie in Hannover aufgezogen ist, steht freilich auch, nach Ansicht des Verf. in gewisser Richtung eine Aenderung bevor, indeß empfiehlt er in dieser Hinsicht Schonung und Vorsicht. Für den Anwaltstand und das Notariat glaubt Verf. wesentliche Aenderungen nicht in Aussicht stellen zu sollen.

In einem ferneren Abschnitte behandelt der Verf. die Frage wegen Erhaltung unserer Civilproceßgesetze. Nach seiner Meinung werden dieselben einem allgemeineren neuen preuß. Proceßgesetze mit der Zeit weichen müssen, das sich vielleicht in vielen Punkten der hannoverschen Proceßordnung näheren, schwerlich aber das so wohlthätig wirkende Beweisinterlocut beibehalten werde. Das preußische Strafverfahren bedürfe auch einer Reform, welche sich dann auch über Hannover erstrecken würde, während das Strafgesetzbuch Preußens ohne große Aenderungen schon bald auf Hannover zweckmäßig werde Anwendung finden können.

Die persönlichen Dienstverhältnisse der Justizbeamten hält Verf. einigermaßen gesichert, da auch die preuß. Gesetze in dieser Hinsicht den Richtern ähnliche Garantien bieten.

Auch glaubt er, daß ihren Ansprüchen auf Ascension in höheren Gehalt, auf Pension und Wittwenpension nach dem bisherigen im Durchschnitt günstigeren Maßstabe, wenn auch weniger ein Recht so doch eine große Billigkeitsrücksicht zur Seite stehe, während er die Vorschläge Erlebens, auch behuf Berücksichtigung der den Angestellten Hannovers günstigeren Verhältnisse aus dem von Hannover eingebrachten Einnahmen einen Separatfonds zu bilden, als schwer erreichbar bezeichnet.

Hat diese Brochüre auch nur eine vorübergehende Bedeutung, so ist sie doch völlig geeignet, augenblicklich das Interesse, namentlich des juristischen Publicums auf sich zu lenken.

11. Archiv für das Versicherungswesen vom Dr. A. F. Elsner 2. Aufl. (Berlin bei Th. Grieben 1867). Von dieser

Digitized by Google

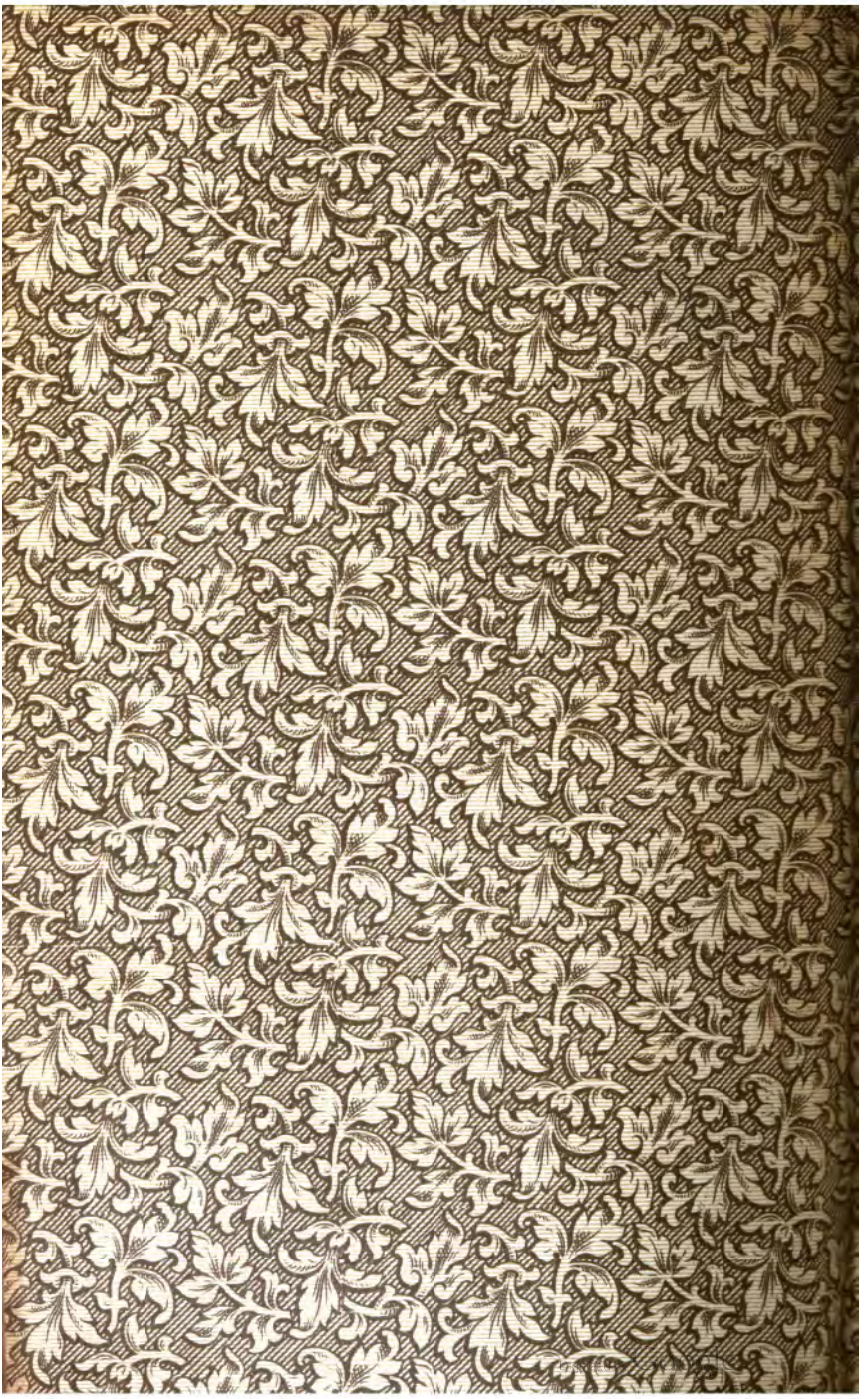
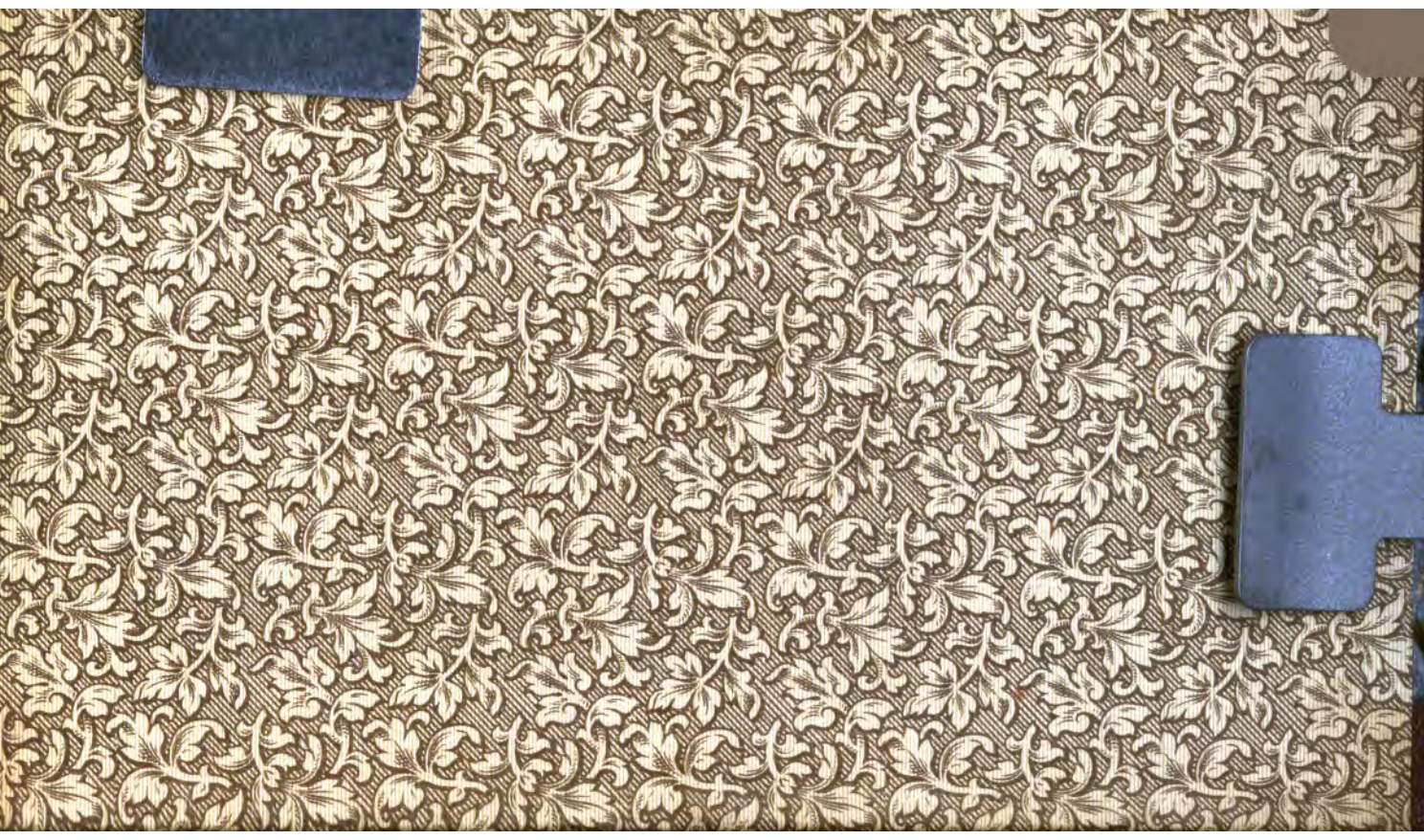
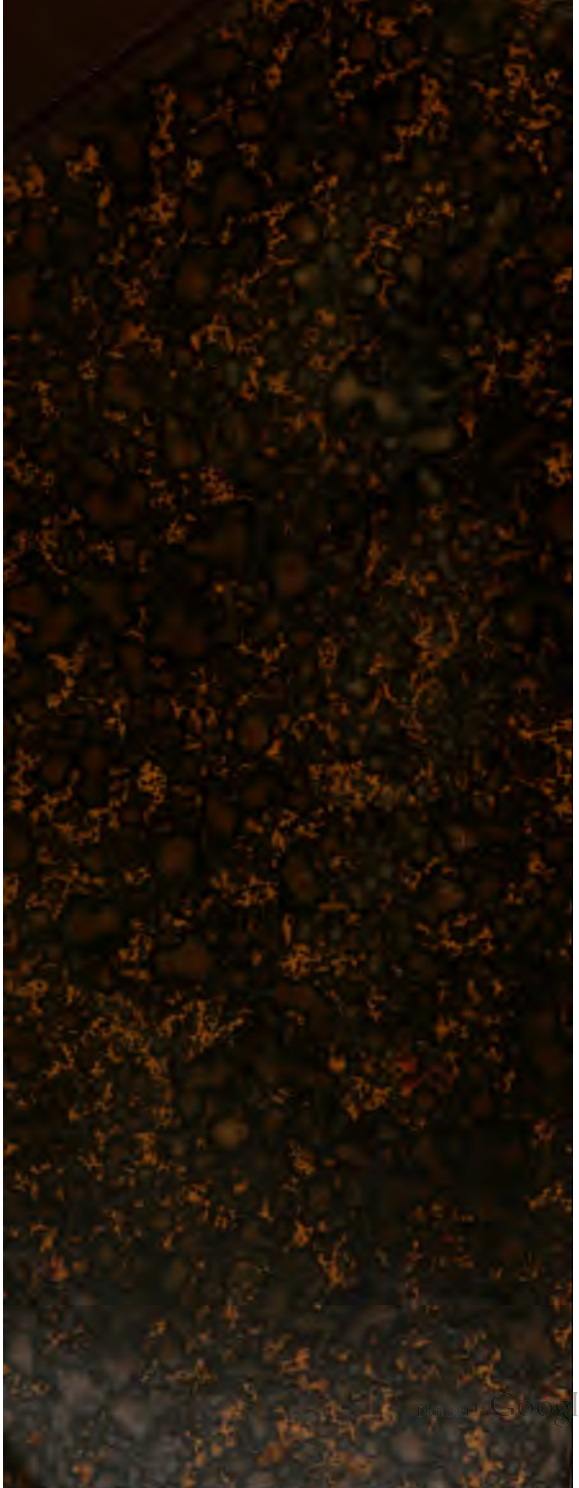
Zeitschrift, welche in zwanglosen Heften erscheint und zugleich als practisches Handbuch für den Assecuranz- und Handelsstand und für Juristen dienen soll, liegt jetzt des II. Bandes erstes Heft uns vor. Während der 1. Band dieser Zeitschrift in Heft 1 mit der Geschichte des Versicherungswesens und mit der Darlegung der einschlagenden gesetzlichen Vorschriften in Preußen, so wie mit einzelnen Ausführungen und mit der Mittheilung von Tabellen in Betreff der Lebensversicherungen sich beschäftigt (Preis für die 2. Auflage 1 ℛ 15 gr), ferner das 2. Heft die englische Gesetzgebung für Handels- und Versicherungs-Gesellschaften mittheilt (Preis für 2. Auflage 1 ℛ 15 gr), und während in einem Ergänzungshefte Mittheilungen in Betreff des Rechtsverfahrens hierbei in England gemacht werden (Preis 10 gr) — so werden in dem in 2. Auflage uns vorliegenden 1. Hefte zum 2. Bande die Gesetze und Verordnungen über das Versicherungswesen in Hamburg, Lübeck, Bremen, Frankfurt a/M., Königreich Sachsen, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Weimar (Preis 2. Auflage 1 ℛ 15 gr) wiedergegeben.

Das zweite Heft wird die gleiche Legislation für Sachsen-Coburg-Gotha, Sachsen-Altenburg, Baiern, die Schwarzburgschen Fürstenthümer, Reuß ält. und jüng. Linie sammt einem alphab. Register für Heft 1 und 2 des II. Bandes liefern (Preis 2. Aufl. 1 ℛ 15 gr).

Des III. Bandes 1. Heft wird die Gesetze und Verordnungen in dieser Branche von Hannover, Churhessen, Homburg, Nassau, Braunschweig liefern (Preis 1 ℛ 15 gr).

Vorstehende Zeitschrift, die noch weiter fortgesetzt werden wird, enthält für diejenigen, welche sich in dem Versicherungswesen des Mehren instruiren wollen, das Wesentliche in zweckmäßiger Weise zusammengestellt, und wird durch dieselbe einem in gewissen Kreisen längst gefühlten Bedürfnisse entschieden abgeholfen.

Ex. E. J. M.

Digitized by Google

Digitized by Google